

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIX
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE

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

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
PETT, Carlos: <i>El Código inexistente (II). Por una arqueología de la Civilística española</i>	1415
REYES LÓPEZ, María José y BUIGUES OLIVER, Gabriel: <i>Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza</i>	1451
BADENAS CARPIO, Juan Manuel: <i>Comentarios y jurisprudencia sobre la hipoteca constituida en garantía de rentas y prestaciones periódicas</i>	1509
FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis y PASCUAL DE LA PARTE, César Carlos: <i>Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del «ius delationis» (ex artículo 1.006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario</i>	1541
Información Legislativa	
A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ	1599
Vida Jurídica	
<i>Coloquio Internacional sobre «La Protección de Bienes Culturales» (Rabat, 11 a 13 de septiembre de 1996)</i> , por Gabriel GARCÍA CANTERO	1613

Bibliografía

- NOTA CRÍTICA:** *Crédito, posesión mediata y tradición en la teoría de los títulos representativos. (Nota crítica a propósito de dos publicaciones)*, por Andrés RECALDE CASTELLS . . . 1617

- LIBROS:** CAMPO ARBULO, J.A.: *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, por Fernando Morillo González.—CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, por Carlos Martínez de Aguirre.—LÓPEZ DÍAZ, E.: *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*, por Juan Pozo Vilches.—MORENO MARTÍNEZ, J.A.: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, por Esther Gómez Calle.—NÚÑEZ BOLUDA, M.ª de los Desamparados: *El mutuo disenso*, por José Ferrandis Vilella.—RAMOS NÚÑEZ, C.: *Codificación, Tecnología y Postmodernidad. La muerte de un Paradigma*, por Francisco Cuenca Boy.—VV.AA.: *Sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi: Droit de la Famille*, por Gabriel García Cantero 1659

REVISTAS EXTRANJERAS

- A cargo de Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.ª del Rosario DÍAZ ROMERO, M.ª Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN, Isabel SIERRA PÉREZ 1675

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

- «La jurisprudencia en torno a la liquidación de mejoras útiles en los supuestos de resolución contractual», por M.ª del Rosario DÍAZ ROMERO 1747

SENTENCIAS COMENTADAS

- «Responsabilidad civil extracontractual de un ayuntamiento por daños causados en el servicio de suministro de agua (Comentario a la STS de 8 de junio de 1994)», por Javier BARCELÓ DOMÉNECH 1761

SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Silvia ALGABA ROS, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, M.ª José GARCÍA ALGUACIL, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARENENGOA, Inmaculada HERBOAS MARTÍNEZ, Ana Isabel HERRÁEZ ORTIZ, Javier LARENA BELDARRAIN, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Oscar MONJE BALMASEDA, M.ª Isabel MONDÉJAR PEÑA, Emiliano MUÑOZ DE DIEGO, Susana QUICIOS MOLINA, José Manuel DE TORRES PEREA 1777

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 IV



OCTUBRE-DICIEMBRE

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.

El Código inexistente (II)

Por una arqueología de la Civilística española (1)

CARLOS PETIT

El ser catedrático es un oficio, un modo de vivir. Todo eso del sacerdocio es música celestial. Se pesca un momio, una posición segura, la *propiedad* de una cátedra, no su mera posesión, y el *ius utendi et abutendi* con ella. Es corriente creer que la oposición da un derecho natural, incontrovertible, anterior y superior a la ley. Y luego, ¡ajo al escalafón! ¿Hay Revistas universitarias o profesionales en España?, me preguntaba un extranjero. Y tuve que contestarle que las tales Revistas son gacetas administrativas, con el movimiento de personal, e inspiradas y profundas elucubraciones acerca de la colegiación y el intrusismo. El intrusismo, ¡oh, el intrusismo!, he ahí el enemigo.

(Unamuno)

1. EL ENEMIGO Y LA GACETA

Pues sí: este enemigo que anunciaba el irónico texto de don Miguel por fin ha llegado. Ha llegado un intruso, un jurista historiador que convierte en objeto de estudio a los civilistas españoles y que intenta

(1) Estas páginas corresponden a la conferencia pronunciada con este título, el día 25 de enero de 1996, en ciclo sobre «La Memoria del Jurista Español», en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, lo que explica su tono y estilo. Me he limitado a añadir las notas indispensables para la publicación, así como algunos datos y precisiones fruto del coloquio. (Proyecto DGICYT, MEC, ref. PB93-0847).

presentar, en apunte apresurado, las líneas de pensamiento, las lecturas, las escuelas de la Civilística contemporánea.

La condición de intruso me resulta algo incómoda, pues sé perfectamente, gracias al exagerado Unamuno, que alguien está ahí, considerándome su enemigo. Cuando la intrusión se produce además para hurgar en la memoria de una dignísima especialidad jurídica, precisamente la que constituye todavía la columna vertebral de nuevas facultades, resultará sin duda tan insoportable como ese psicoanalista que nos obliga a realizar un duro strip-tease moral mientras espera, callado, hasta el momento de pasarnos una abultada factura.

El mal trago, sin embargo, es común, aunque sólo fuese por haber perdido la ocasión de escuchar a un civilista que hablara de sus propias cosas. Me consuela saber que obro en nombre propio pero por la cuenta ajena de algunos queridos amigos, titulares de cátedra civilística, que me animan y me ayudan a proseguir un camino divertido, aunque exigente cuando se quiere actuar, en los términos entrañables de nuestro Código civil, con la diligencia de un buen padre de familia y de un representante legal.

Con ese objetivo declarado, repasemos por un instante el texto de Unamuno. Vale para la Universidad española: desde luego para Unamuno, catedrático —toda una vida— de Griego en Salamanca sin obra alguna como helenista, y vale también para el Derecho Civil. Más allá de la amargura propia de los finales del siglo, ese texto nos presenta de un plumazo el clima intelectual predominante y las piezas con que hoy día nosotros podemos recrearlo. No hay verdadera vocación académica en España, sino querencia de un momio, la cátedra, que regala la Administración. El ingreso en la profesión universitaria está pendiente entonces de unas prácticas burocráticas, las famosas oposiciones, que, cuando son superadas con éxito, dan acceso a una vida tan segura que no conoce más saltos ni sobresaltos que los propios del escalafón. Su vertiente textual son las gacetas administrativas, tan útiles para anunciar las oposiciones, pero además para dar cuenta, una vez dentro del Cuerpo, de los movimientos estratégicos del profesorado por las categorías de ingreso, ascenso y término, según preferente criterio cronológico e inmediato efecto salarial. Se comprende, con este panorama, la irritación que producen las promociones injustificadas y el odio al intrusismo, unos supuestos tan graves que obligan al ofendido a tomar la pluma y sentarse por fin a escribir.

Ya advertí antes, de pasada, que Unamuno ironiza y exagera: por esos años de comienzos de siglo en que carga las tintas sobre los aspectos más deplorables de la Universidad, otros profesionales de la cátedra han creado o colaboran en revistas y laboratorios que presentan un saldo intelectual para nada depreciable. Sin embargo, hasta en estos pocos y mejores casos, el trabajo universitario y la vida toda de la institución depende de la Administración del Estado: más exactamente, es Administración educativa y los profesionales de la Universidad, les guste o no, son funcionarios públicos al albur del poder y el presupuesto.

Estamos tan acostumbrados a este orden de las cosas que puede extrañar mi insistencia en la obviedad. Seguramente cambiará la impresión si recordamos que Unamuno describe la tribu universitaria española un siglo después de que Wilhelm von Humboldt formulara su propuesta, pronto vigente en Alemania, de una Universidad que ante todo se concibe como instituto de investigación (2). No se trata ahora de echarnos a llorar por haber disfrutado una historia tan diversa. Más bien se trataría, precisamente, de eso: de *disfrutar* nuestra historia y saborearla como se merece.

Si nos faltaran viandas con que improvisar el banquete, acudamos por última vez al desmadrado texto de Unamuno y escuchemos atentos su lección, con la tranquilidad de saber que no será una lección de Griego. Cuando la Universidad es *Wissenschaft*, como en Alemania, genera libros y revistas, organiza congresos, publica obras de referencia, critica interpolaciones: entonces se reduce a memoria en términos de biblioteca. Cuando la Universidad es *Verwaltung*, y Administración castiza de escalafones e intrusos, produce gacetas, documenta traslados, publica órdenes: entonces la encontraremos, a no dudarlo, entre los legajos de un archivo.

En el archivo de cada Universidad, claro, pero sobre todo —es término técnico— en el Archivo General de la Administración, sito en Alcalá de Henares, Madrid, más cerca de un cuartel que de la Universidad local. Allí todo son facilidades: enterrado Franco y el más obvio franquismo, con una nueva generación de funcionarios archiveros a pie de obrar es agradable repasar los viejos papeles de Instrucción Pública y Bellas Artes, dirección general que fue dentro de Fomento y Ministerio *a se stante* tan sólo desde el año 1900. Los expedientes personales de los profesores y las actas de las oposiciones a cátedras son los textos principales de los que allí disponemos, accesibles gracias a unos ficheros arreglados, según los casos, por nombres y por asignaturas. Conociendo, como ya conocemos, los frecuentes cambios de denominación que imponen los planes de estudio, se diría que el fichero de las oposiciones será algo enrevesado, en tanto que el fichero de los catedráticos no presentará dificultades de consulta. Craso error. Los expedientes de las oposiciones a cátedras, que han sufrido bastantes pérdidas, están más o menos ordenados según denominaciones modernas, mientras que el problema respecto a los catedráticos está en saber cómo se llamaron. En el supuesto clamoroso de Oviedo, minúscula Universidad de una sola Facultad, sin duda la más interesante a fines de siglo, casi ninguno de los profesores fue conocido con arreglo a su nombre verdadero: *Clarín* no era, a pesar de él mismo y sus amigos, don Leopoldo Alas, sino Leopoldo García-Alas y Ureña (1852-1901); Adolfo Posada

(2) Cfr. ahora FULVIO TESSITORE, «L'università di Humboldt e l'unità del sapere», en ALDO MAZZACANE e CRISTINA VANO (cur.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli, Jovene (Biblioteca di Unistoria, 2), 1994, pp. 13-29.

(1860-1944), en el mismo caso, era Adolfo González-Posada y Biesca; Adolfo Buylla, en fin, Adolfo Alvarez-Buylla y González-Alegre (1850-1927). La indeterminación en los nombres no es exclusiva de Oviedo, ni deja de afectar, en concreto, al gremio del Derecho Civil: paso por alto el ejemplo de Polín Alas (1883-1937), estupendo civilista y rector en su Vetusta natal (en su Oviedo mortal: fusilado por los fascistas en 1937, fue depurado, ya cadáver, en 1939, Año de la Victoria), pues reproduce el caso de su ilustre padre, para limitarme a recordar la homonimia perturbadora que se produce entre Felipe Sánchez Román, padre (1850-1916), y Felipe Sánchez-Román y Gallifa (1893-1956), su hijo y heredero (1916) en la cátedra de «Derecho Civil Español, Común y Foral» de Madrid, pero aún es peor la situación en relación al otro catedrático madrileño, Felipe Clemente De Diego y Gutiérrez (1866-1945), uno de los personajes principales de este relato, que generalmente responde a los ficheros y en las notas a pie de página por su segundo nombre de pila.

Superados estos pequeños problemas, que sin embargo nos valen como muestra de la condición indómita de la vieja raza española, la consulta de los ficheros reserva muchas enseñanzas aún antes de que pidamos los legajos. Si, por ejemplo, nos interesa Demófilo de Buen, destacado jurista de los años '20 y '30, aprenderemos que su familia, a partir del padre, el enérgico don Odón (1863-1945), un impío catedrático de Historia Natural que desató iras en Barcelona con su defensa del Darwinismo (3), fue una saga académica de catedráticos de Ciencias, con la excepción admirable de Demófilo (1890-1946), principalísimo civilista. Por desgracia, el arqueólogo no ha consultado aún su expediente, pues Demófilo de Buen, hoy para nosotros un simple personaje de tinta y papel, fue en una vida anterior funcionario público, hombre de carne y hueso: un descendiente del mono, que diría su padre. Nombrado en plena guerra presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (D. de 25 de agosto de 1936), precisamente cuando Jerónimo González Martínez (1875-1946), su antecesor, secundó el Alzamiento y rehusó colaborar con las instituciones republicanas (4), víctima luego De Buen de un doloroso exilio, el nombre de este catedrático de Sevilla conserva la notoriedad justa para imponer discreción a los estudiosos.

Menos divertido resulta acudir directamente a la Universidad en busca de papeles. Suele siempre existir un archivo, pero no hay regla que valga para describir la situación de los fondos ni las condiciones de acceso. La furia española, además, ha tenido efectos destructores: los

(3) Textos y contexto en Diego Núñez (ed.), *El Darwinismo en España*, Madrid, Castalia, 1972. Sobre la anécdota de Barcelona y las censuras eclesiásticas, JOSEP ARQUÉS, «Darwinisme i antidarwinisme a la Universitat de Barcelona i la suspensió d'Odón de Buen de la seva cátedra», en J.A., *Cinc estudis històrics sobre la Universitat de Barcelona*, Barcelona, Columna, 1985, pp. 21-66.

(4) Son extremos que documenta, a falta de otra cosa, el expediente personal de González, Archivo General de la Administración, Sección de Educación y Ciencia, caja AGA 3991.

mejores años de Oviedo se quemaron en 1934. En general, por razones de lógica administrativa en una organización que fue muy centralizada, los archivos de las Universidades no tienen demasiada importancia.

Ahora bien, desde tiempos de Felipe II, Madrid constituye la excepción. También en lo que nos afecta: fruto del traslado de la vieja Universidad Complutense, esto es, el Colegio cisneriano de Alcalá de Henares, a la capital estatal, la Universidad de Madrid fue además Universidad Central de España, lo que supone, en la práctica, que nos las habemos con la única Universidad que otorgaba el grado de doctor y enseñaba el Doctorado. La centralidad sólo se quebró con la Revolución de 1868, pero las cosas volvieron a su ser natural, esto es, Monárquico y Borbónico (uno no sabe qué es peor), poco después, hasta la actual dispersión de competencias en materia doctorales que debemos agradecer al llamado Caudillo.

En nuestra labor de acopio de textos administrativos, los únicos posibles, de creer a Unamuno, para refrescar nuestra memoria de juristas españoles, la centralidad de Madrid encierra gran importancia. Junto a las cátedras ordinarias, en Madrid existen las cátedras de Doctorado, esto es: más oposiciones y más traslados, más tensiones en el escalafón por la apatencia general de un bien muy escaso, más manuales que publicar, más influencia en los aledaños del Gobierno, el Tribunal Supremo o las editoriales jurídicas. En los días pasados han salido algunos nombres de personas ilustres que ocuparon estas cátedras: Francisco Giner de los Ríos (1839-1915), de «Filosofía del Derecho»; Gumersindo de Azcárate (1840-1917), de «Legislación Comparada»; Quintiliano Saldaña (1878-1938), de «Estudios Superiores de Derecho Penal y Antropología Criminal»; Adolfo González-Posada, de «Legislación Municipal Comparada». Si quisiéramos completar los nombres y las titulaciones presentes en el Doctorado de principios de siglo, esto es, cuando regía el Plan del ministro García-Alix (1900) y las viejas facultades de Jurisprudencia habían pasado a llamarse «de Derecho y Ciencias Sociales», tendríamos que añadir aún a mi querido Rafael de Ureña y Smenjaud (1852-1930), catedrático de «Historia de la Literatura Jurídica Española», y Joaquín Fernández Prida (ca. 1860-1942), titular de la cátedra de «Historia del Derecho Internacional». Obsérvese, de pasada, que no existe ninguna cátedra doctoral en materias de derecho privado (5).

(5) Cfr. R.D. de 10 de septiembre de 1906, con relación y régimen de las asignaturas de Doctorado; R.D. de 24 de marzo de 1914, sobre analogías entre cátedras de Derecho; R.D. de 22 de junio de 1914, con la creación en el Doctorado de Derecho y Filosofía y Letras de la cátedra de «Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América» (Derecho) y «Sociología» (Letras); R.D. de 7 de marzo de 1916, transformando, a petición de la Facultad de Derecho de Madrid, la Cátedra de «Legislación Comparada» en otra de «Política social y Legislación comparada del Trabajo»; R.D. de 10 de marzo de 1917, por el que se suprime la tesis de Doctorado, restablecida por R.D. de 7 de junio de 1918.

El Doctorado madrileño es el punto de atracción en el que convergen jóvenes de toda España, en especial los futuros catedráticos, pues la tesis sólo cuenta para opositar a cátedras. Pero sería equivocado pensar que los cursos doctorales son cosa de científicos y para científicos, pues la tesis es también una meritoria excusa para pasar unos meses en Madrid, hacer relaciones, ver la capital: a falta de *Italienreise* en una España que no fue Alemania, el Doctorado puede aportar una experiencia de vida al alcance de cualquier joven universitario de provincias (6). Por todas estas razones, el profesor del Doctorado es muy influyente: en el giro de unos años habrán pasado por sus manos la *élite* profesional española y desde luego muchos catedráticos de Derecho. A veces es difícil reconstruir, desde esta base, las escuelas, pues todos han sido discípulos de unos cuantos, que además suelen figurar, con independencia de la materia, en los tribunales de las tesis y en los tribunales de las oposiciones. Se comprende el interés de la Institución Libre de Enseñanza en ocupar unas cátedras, menos frecuentadas por católicos, que sirven además a sus experimentos docentes (7).

En relación a lo que nos interesa, que es conseguir materiales, Madrid conserva así algunos de los más preciosos: las tesis. No solían publicarse, de manera que la consulta del archivo es inevitable. Y advertimos que no sólo se trata de acceder a unos contenidos: las tesis nos dicen también los nombres de centenares de doctores que las escribieron y los nombres de miles de autores que en ese trance burocrático tuvieron que ser leídos o al menos citados. Centenares y miles de nombres cuya pista se puede rastrear ya en los ficheros de una biblioteca.

De manera que las volátiles gacetas y los perecederos documentos administrativos terminan por guiarnos hacia a los libros. Se diría, en conclusión, que la memoria jurídica española en el fondo no es tan diferente de la alemana: la peculiaridad se deriva de la presencia relevante que aquí tiene la Administración.

2. PUESTOS A EXCAVAR: CERÁMICA DE PLANES Y FRAGMENTOS DE TESIS

Con libros y papeles es posible por fin trazar nuestro mapa arqueológico de la Civilística española. No sólo posible: yo diría que es imprescindible. Sin Civil no hay memoria: lo hemos comprobado, más o

(6) Uno de ellos, destacadísimo, nos ha dejado sus recuerdos: ADOLFO POSADA, *Fragmentos de mis memorias*, pról. de Emilio Alarcos, Oviedo, Universidad, 1983, pp. 105 y ss. (doctorado en Madrid), pp. 149 y ss. (Bilis Club), pp. 153 y ss. (Ateneo y ateneístas), pp. 162 y ss. (Francisco Giner). Otro menos conocido, LUIS DEL VALLE Y PASCUAL (pseudónimo: Suly Veya), *En letras de molde*, Valladolid, F. Santarén, 1898, en especial «Tres maestros», pp. 33-39, sobre Menéndez Pelayo, Azcárate y Giner.

(7) ADOLFO POSADA, *Política y enseñanza*, Madrid, Daniel Jorro, 1904.

menos oblicuamente, en las conferencias anteriores y lo comprobaremos ahora, aunque adelanto que los estratos más antiguos del yacimiento nos valen sobre todo en términos negativos. Precisamente por eso hay que ponerse a excavar: el tesoro oculto del Civil bien merece asumir los costos de la exploración.

Aclaremos que no acuso al dignísimo «Derecho Civil Español, Común y Foral» de anticualla jurídica, ocupada y preocupada con instituciones fósiles que sólo existirían en los artículos del Código, por más que me cueste un pequeño esfuerzo: aún recuerdo el estupor que me causó, como alumno matriculado en «Civil (I)», estudiar en una manual civilístico los textos legales dictados para la Zona del Protectorado español en Marruecos (8). Tampoco se trata de turbar ahora el reposo de las momias de nuestros mayores, a lo que sin duda nos tienen acostumbrados los arqueólogos. Un poco —pero sólo un poco— en la estela de Foucault, la arqueología que aquí se practica nunca prejuzga sobre los resultados de la encuesta ni acepta *a priori* valoraciones. No es exactamente historia, pues exhuma objetos materiales que son restos de una cultura: en nuestro caso, por ejemplo, esa ciencia jurídica que es más bien documento administrativo. En fin: todo lo que nos queda después de reducir personas, ideas e instituciones a palabras y después de cosificar las palabras como textos (9). Según las reglas de la más rigurosa arqueología, habrá que respetar el orden de los estratos, servirnos de la cerámica para precisar la datación y atender bastante a la disposición que presentan los materiales sobre el terreno.

Hay textos objetivamente tan frágiles como la cerámica y que son igual de útiles para datar el yacimiento. Me refiero, cómo no, a los planes de estudio. Puede parecer sorprendente, pero a estas alturas todavía no conocemos muy bien todos los planes que se han sucedido y sus reformas parciales, abundantísimas. Se diría además que nuestros conocimientos disminuyen en relación inversa al calendario: nos falta información sobre lo más nuevo. Estamos ante el problema general de la torturada relación con el tiempo que mantiene el hombre burgués, hijo al fin y al cabo de un proyecto ilustrado que cancela la historia, patente en la escasísima memoria propia que conservan las instituciones, pero ahora conviene apechugar con lo concreto y disponer de unos cuantos restos cerámicos que sirvan como hitos provisionales.

(8) FEDERICO PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español. (Segunda edición, revisada y puesta al día), I: Parte General*, Pamplona. Aranzadi, 1972, pp. 69-72.

(9) Otra cita de otro libro de mi etapa de estudiante: LUIS NÚÑEZ LADEVÉZE, «Para un estructuralismo jurídico», en ANTONIO HERNÁNDEZ GIL y otros, *Estructuralismo y Derecho*, Madrid, Alianza, 1973, pp. 53-105, pp. 83 y ss. sobre «Foucault contra la Historia». Y una más de mi etapa de profesor: ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ, *Michel Foucault. Sujeto, derecho, poder*, Zaragoza, Prensas Universitarias, 1987, pp. 38 y ss. sobre «La historia como arqueología: perfil de una palabra».

La Universidad española contemporánea cuaja con la Ley de Instrucción Pública de don Claudio Moyano, Ministro de Fomento, de 9 de septiembre de 1857. Es una ley general: esto es, orgánica y sustantiva, para todos los niveles educativos y para todas las especialidades. Somete educación a norma, ciencia a texto oficial, estudiantes a enseñantes, enseñantes a Gobierno (10). Cuando Moyano no es más que una cuesta de librereros y una estatuta cercana a una estación, su ley seguirá vigente aunque cruja bajo el peso de las reformas: sirve así, por ejemplo, para impedir (R.D. de 31 de julio de 1922) la puesta en práctica de una aventura de organización autónoma de las Universidades que se le ocurre al Ministro César Silió nada menos que en 1919 (R.D. de 19 de mayo).

La solidez de la estructura gubernativa permite una gran fluidez en lo que hace a los planes y sus constantes reformas (11). Los más relevantes para Derecho en los años que interesan, a partir de Moyano, datan de 1883 (Plan Gamazo, con modificaciones de Sardeal, R.D. de 2 de septiembre), 1884 (Plan Pidal, R.D. de 14 de agosto), 1900 (Plan García-Alix, R.D. de 2 de agosto), 1928 (Plan Callejo, R.D.L. de 19 de mayo), 1931 (Plan Domingo, D. 11 de septiembre) y 1944 (Plan Fascista, D. de 7 de julio). En lo que hace al «Derecho Civil» los cambios no son sustanciales. No vacilan mucho las denominaciones: en tanto llega el Código civil, la materia suele llamarse «Derecho Civil/Ampliación de Derecho Civil y Códigos Españoles» (12), esto es, un compuesto que comienza por la historia —aburridísima— de la legislación castellana (es muy poca la atención que reciben los «Fueros Provinciales») y sigue con la exposición institucional según el sistema gayano, que causó furor entre los ilustrados, de la sustancia normativa. Como ya sabemos que España no fue Alemania, no hace falta advertir que esta yuxtaposición de «Historia» y «Sistema» nada tiene que ver con Savigny: más bien parece el efecto directo de la inexistencia de código (13).

(10) La arqueología, ahora, en BARTOLOMÉ CLAVERO, «Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de Derecho», en *Quaderni fiorentini* 21 (1992), pp. 37-87.

(11) Cfr. JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, *Los Planes universitarios de enseñanza en la España contemporánea*, Madrid, INAP, 1970, para una primera información.

(12) Más exactamente: Plan Moyano (1857), unas «Instituciones de Derecho civil, penal, mercantil, político y administrativo de España» y una «Historia y ampliación del Derecho civil, penal y mercantil de España, con el estudio de los Códigos y fueros provinciales» (art. 48); Plan Gamazo (1883), un «Derecho civil español, común y foral», a explicarse en tres cursos de Licenciatura (art. 4), más unas «Instituciones civiles y políticas de los principales Estados de Europa y América»; Plan Pidal (1884), con reducción del Civil a dos cursos (art. 2).

(13) Así cotéjese, de una parte, ALDO MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, Liguori, 2^a 1976, y, de otra, CARLOS PETIT, «El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», en *Anuario de Derecho Civil*, 48 (1995), pp. 1429-1465.

También lo será, en lo que hace a la práctica escolar, la adopción de un «método dogmático», como dicen a regañadientes —precisamente, añorando la *Exégèse*— los principales interesados: «Si en España tuviéramos un Código civil modelado en la turquesa de la mayor parte de los modernos, sería ocasión de examinar si los libros dogmáticos ... deberían ser reemplazados por cursos exegéticos», pero «hoy el estudio exegético de nuestro derecho sería imposible en las escuelas ... Diremos más; si fuera posible hacer así el estudio no sería conveniente» (14). Se trata, claro, de una dogmática a la española que nada tiene de Pandectística: «el catedrático hará estudiar y explicará las materias del derecho español que más se separan del romano, y especialmente los títulos segundo y tercero del libro III de la Novísima Recopilación; el libro X de la misma, y las leyes modernas que alteran o modifican el antiguo derecho. Hará también conocer a sus discípulos los tratadistas que más han sobresalido en la explicación de cada una de las leyes, y especialmente los que han comentado las de Toro». Sobre ese entramado principal aún cabe ofrecer a pinceladas la doctrina de unos «fueros provinciales»: «los puntos cardinales en que se separan los de Aragón, Cataluña, Valencia (!) y Navarra del derecho de Castilla, haciendo un examen comparativo de unas y otras instituciones» (15).

Cuando el Código es inminente, esto es, con las reformas de 1883-1884, la vieja historia de la legislación se convierte en asignatura autónoma como «Historia General del Derecho Español», que con nombre similar se mantiene hasta hoy, y la parte —digamos— sistemática será un «Derecho Civil Español, Común y Foral», enseñado, tras algunos balbuceos iniciales, en dos cursos: al igual que el Penal, los Procedimientos y el Político-Administrativo. La asignatura y su duración se mantendrán, aunque ésta experimenta un avance progresivo desde el Plan de 1928, que sólo coronará en 1944 el Plan fascista de la Licenciatura jurídica (16).

El Código no acarrea novedades. O mejor, sí las trae: paradójicamente, al poco de su entrada en vigor la presencia del derecho privado experimenta cierto retroceso, pues cambian de denominación o no se

(14) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, reseña de Benito Gutiérrez, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español* (1862 ss.), en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (RGLJ), 21 (1862), pp. 648-652.

(15) Estamos ante la definición de la materia civilística, a tenor del informe del Consejo de Instrucción Pública que recoge el consejero Pedro Gómez de la Serna, *ibid.*

(16) La designación de 1883 se mantiene, a veces simplificada como «Derecho Civil» (Plan Callejo de 1928, art. 5; Plan Domingo de 1931, art. único), a veces complicada como «Derecho común de España comparado con el foral» (Plan García-Alix de 1900, art. 3, en la sección de Ciencias Sociales, lo que suponía previsión de nueva cátedra, art. 6, que en nada quedó al suprimirse la especialidad).

activan dos asignaturas doctorales, creadas en el Plan Pidal de 1884, de «Instituciones de Derecho Privado de los pueblos antiguos y modernos» y unos «Estudios Superiores de Derecho Romano» (17). Sacaremos alguna conclusión de este retroceso.

Desde mediados del siglo XIX y hasta los finales de la Dictadura de Primo de Rivera, en resumen, el Derecho Civil se enseña a lo largo de dos cursos, lo que supone, aunque no siempre, dos cátedras dotadas, pero se trata de cursos y cátedras de Licenciatura, pues el ciclo selecto del Doctorado, que refleja con gran exactitud un ambiente general en la enseñanza jurídica, forma en derecho público y penal, abordados desde una perspectiva marcadamente histórica y krauso-positivista.

Tal vez sea conveniente, antes de desvelar las intimidades de un pobre civilista puesto en el trance de las oposiciones, detenernos en el Doctorado madrileño que, según recordaremos, nos permitía conocer personas y textos. Por supuesto se trata de un apunte rapidísimo: el resultado de una estadística grosera que realicé manualmente sobre el fichero de tesis doctorales (18).

Para unas fechas aproximadas que irían desde el Código hasta la Guerra Civil, cuento unas 1250 tesis, con las tendencias temáticas —enfático *tendencias*: no siempre es fácil descubrir la materia por el título— que siguen. A pesar de la posición inicial de partida tan negativa que permitía atribuir al Civil la estructura del Doctorado, las tesis civilísticas obtienen mayoría relativa, con 281, que pasarían de 300 si sumamos las más de 40 de asunto laboral y las 20 de derecho consuetudinario. El derecho público, en sentido muy lato que incluye también la historia del pensamiento, sigue en las preferencias de los doctorandos, contabilizándose 181 títulos. Casi tantos como el Penal, a su vez entreverado de *Scuola Positiva*: 163. Sigue la Historia, abierta al Derecho Indiano (desde 1914 existe cátedra doctoral, cuyo titular es Rafael Altamira, de «Historia de las instituciones políticas y civiles de América»), con más de cien títulos, pero adviértase que la Historia, además de asignatura, es perspectiva compartida: en especial por lo que sigue después en las preferencias de los doctorandos, que es el Derecho Internacional [97], la Filosofía [68], el Mercantil [61] y el Canónico [55]. No gusta demasiado la Economía ni los impuestos [36], casi tampoco como los Procedimientos [32]: a Manolo Cachón seguramente le interesará saber que el gran asunto de estas tesis procesales lo constituye el jurado. Finalmente, con menos de 25 tesis, parece que en España repugna estudiar Derecho Romano.

Casi cien títulos no sé exactamente cómo clasificarlos. Carlos Sánchez Peguero en 1921 hizo su tesis (sig. 2819) sobre *El Plan de Estudios Jurídicos en España*: nos sirve al menos para saber que hacia 1920, en plena discusión sobre la autonomía universitaria, no hubo exigen-

(17) Cfr. R.D. de 2 de agosto de 1900, art. 7.

(18) Archivo Histórico de la Universidad Complutense, Madrid.

cias en los claustros de cursos adicionales de Derecho Civil. Poco antes (1920), Carlos Ruiz del Castillo se doctora escribiendo *La espontaneidad en el Derecho* (sig. 2961). Jacinto Soler Garrote se interesa en 1904 por *La lactancia materna obligatoria* (sig. 1827): no sabemos si bajo la amenaza de usar su segundo apellido. Tres años después, en fin, Francisco Monedero Ruiz hace un *Examen histórico-crítico de la organización familiar de los Aryos orientales* (sig. 4069).

El arqueólogo propone que nos tomemos estas cosas muy en serio. Si recordamos que la última novela de Valera, escrita, ya ciego el cordobés, al dictado, es ese Morsamor tan lleno de espiritualidad india, tal vez no resulte un sin sentido los gustos de Monedero por la familia aria (19). Lo ario toca la raza, gran asunto del momento también para los juristas: Jhering deja inacabada una *Prehistoria de los indoeuropeos* que sus discípulos publican y traduce de inmediato en España todo un Adolfo Posada (20). Que interesara estudiar el *Plan* en 1921 se justifica por los acontecimientos de la política universitaria del momento. Y la *Lactancia obligatoria* es una consecuencia más de esa pegajosa «cuestión social» que el jurista no sabe cómo quitarse de encima.

Los títulos de las tesis, estas piezas que aparecen en los estratos intermedios del yacimiento, no deben provocar la risa: precisamente porque nos resultan hoy desconcertantes, porque están situados tan fuera de nuestro horizonte —incluso del horizonte horroroso de la Universidad Autónoma de Barcelona—, pueden servirnos muy bien, con ventaja, por ejemplo, sobre la tesis de Manuel Torres López (1922), *Las acciones noxales en el Derecho Romano* (sig. 2713), para descubrir las claves de la cultura jurídica y académica que hacía posible estas investigaciones y les otorgaba sentido.

Seguramente son las claves a que también responden las abundantes tesis de Civil. Son abundantes, algunas excelentes, pero, en una valoración de nuevo muy grosera, nada tienen que ver con el Código civil. No tengo presente los casos de foralistas como Nicolás Zorrilla Vicario (1924), *Especialidades en la contratación vizcaína* (sig. 2748), tampoco muy abundantes, ni trabajos inespecíficos o sociologizantes, como la tesis del mismísimo José Castán (1912), *La acción del Estado ante la crisis del matrimonio* (sig. 3487); me interesa más bien detectar la escasez de tesis de título exegético (no me pronuncio sobre el contenido), como sin duda era la de Felipe Sánchez-Román hijo (1914), *Sobre las dos últimas palabras del art. 1901 del Código civil* (sig. 2806)

(19) LILY LITVAK, «A la búsqueda de los orígenes. El reencuentro de las civilizaciones asiáticas en España (1870-1913)» (1986), ahora en L. L., *España 1900. Modernismo, anarquismo y fin de siglo*, Barcelona, Anthropos, 1990, pp. 201-230.

(20) RODOLFO VON IHERING, *Prehistoria de los indoeuropeos* (1894), versión española con un estudio preliminar de Adolfo Posada, Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1896.

y destacar que obras como la de Ramón Coll y Rodés, *De la sucesión legítima o intestada*, defendida en 1907 y publicada en Barcelona un año después, manejan el Código civil tan sólo en uno de sus capítulos y aún así rodeado de «los principales códigos extranjeros (Francia, Bélgica, Austria, Italia, Portugal, Guatemala y Méjico)». Es tónica dominante: a la vista del escrito doctoral del hijo de Clarín (1915), *Las fuentes del derecho y el Código civil alemán*, el intruso diría que se conoce con mayor rigor el BGB que nuestro castizo Código civil.

Elevar siquiera a hipótesis esas rápidas impresiones obligará a un trabajo de excavación que aún ni me atrevo a planificar. Pero, aunque muy provisionales y sometidos a revisiones, me gustaría ver una cierta coherencia entre la posición académica del Civil, en absoluto dominante en unas facultades jurídicas donde llaman más la atención otras cosas, y el desapego hacia el Código: seguramente, habrá pocas leyes que hayan sido tan esperadas y que hayan dejado a los juristas tan indiferentes.

3. UN ESTRATO DECISIVO: EL CÓDIGO CIVIL ENTRE OROS Y OROPELES

El desapego a veces, muchas veces, será manifiesto desprecio: su entrada en vigor es saludada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas con convocatorias anuales de concursos para investigar el derecho consuetudinario (1897-1918) (21). Son cosas de Costa, que se indigna porque la ignorancia de la ley, en este país de analfabetos en que el Estado no mantiene la enseñanza primaria, nunca excusa de su cumplimiento, pero el arqueólogo intruso, que no hace tantos aspavientos como don Joaquín, se siente sorprendido al comprobar que en los mismos años en que circula el *Erster Entwurf* del BGB y la crisis de la escuela exegética ha levantado la veda contra el *Code Napoléon* en Francia, España se atreva a copiar el código francés, como si no existiera la cuestión social ni la Dogmática, como si no se oyeran voces de calado constitucional reclamando derechos (22). Un influyentísimo catedrático de Civil de Madrid, Augusto Comas y Arqués (1834-1900), ha hecho cuanto ha podido, desde luego, por evitar el desastre: como

(21) Cfr. RAFAEL ALTAMIRA, «Le droit coutumier espagnol moderne», en Edouard Lambert (ed.), *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génys*, Paris, Sirey, ca. 1935, II, pp. 269-276.

(22) Cfr. BIENVENIDO OLIVER, *Breve sumario del Proyecto de Código Civil de Alemania y del Proyecto de ley para su planteamiento*, Madrid, Góngora, 1889. Es muy divertido el episodio de la reseña de este folleto por Altamira en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza* (BILE) a instancias de Costa: véase carta de Costa a Altamira, 10 de septiembre de 1889, con su respuesta de 13 de septiembre, en *El renacimiento ideal: Epistolario Joaquín Costa y Rafael Altamira (1888-1911)*, int. y ed. de G.J.G. Cheyne, Alicante, Instituto Juan Gil-Albert, 1992, pp. 35-37.

senador y como jurista ha escrito un proyecto alternativo completo y oportunamente razonado desde la tribuna en la discusión de la Ley de Bases, pero asombrosamente la enmienda no pasa (23). Su fracaso nos resulta perfectamente irrelevante, pues como arqueólogos estamos acostumbrados a no despreciar el trocito de oro del proyecto de Comas por el pedazo de oropel del Código civil.

No prospera la enmienda pero se difunde, empapando la cultura jurídica española a lo largo de varias generaciones, la convicción de que el Código civil de la Comisión de Codificación, esto es, del Gobierno, es un engendro legal que nadie puede tomarse demasiado en serio. Habla don Augusto, senador por elección del claustro de su antigua Universidad de Valencia, a un estudiante de su curso civilístico en Madrid: «Venía al Senado el Código en forma tal, que es verdaderamente un desdichado engendro, y cumpliendo un deber que estimo sagrado, creí que no podía dejarlo pasar sin una enérgica protesta; no me propuse más. La Academia de Jurisprudencia había acordado coronar a D. Manuel Alonso Martínez; había quien pensaba cantar un *Te Deum*. La prensa entonaba himnos de alabanza, y todo el mundo batía palmas a una obra legislativa que se decía era la realización de todas las esperanzas de la España moderna, y hasta se calificaba de maravillosa. La verdad es que nadie la había estudiado. Ante tan extraordinario espectáculo, me decía a mí mismo si era yo el que estaba loco ó lo estaban todos los demás. Todos los periódicos anunciaban que el Senado dedicaría una sola sesión y sería ésta de alabanzas á D. Manuel. Asistió él, para recoger los plácemes y ceñirse los laureles; todos le abrazaban, etc., etc. Pido la palabra para consumir el primer turno en contra del dictamen de la Comisión, y tales cosas dije, *á la pata llana*, para que me entendieran hasta los maderos, y de tal modo las demostré, que produjo una estupefacción general. Ya sabe usted que no es vicio mío la vanidad; pero chocó tanto mi trabajo y fue tan inesperado, que el asombroso éxito más lo atribuyo á la sorpresa que á la bondad de lo dicho. Pero nunca he visto la Cámara más impresionada. Si después de mi discurso se vota, no tiene el Código doce votos. Después el Gobierno, por temor á una desidencia con que le amenazaba Alonso Martínez si le abandonaba, se hizo (!) su aprobación cuestión de Gabinete; y como ha visto usted, no ha pasado nada, más que un gran descrédito para el Código, del que no se levantará jamás. Desde entonces, ya todo el mundo se ha fijado en obra tan anticientífica y todo el mundo la ataca; pero, sin embargo, saldrá del Congreso como ha salido del Senado. Y yo sólo he obtenido el rencor de D. Manuel y de los individuos de la Comisión de Códigos que la han redactado. ¡Cómo ha de ser! Cumplí un deber de conciencia y para mí me basta. Si agrega usted, que en la opinión pública desde el primer momento se ha puesto de mi lado, lo que lo prue-

(23) AUGUSTO COMAS, *Proyecto de Código civil. Enmienda presentada en el Senado ... Con un prólogo del Excmo. Sr. D. Eduardo Pérez Pujol*, Madrid, Ricardo Fé, 1885.

ban los centenares de cartas recibidas de entusiasta aprobación, bástame para dejarme satisfecho. Lo demás es superior a mi voluntad. Adiós, amigo querido, y reciba un apretado abrazo de su sincero y consecuente amigo, q.b.s.m., *Augusto Comas*».

Y, en efecto, publicado con sus posiciones parlamentarias, prologado por el antiguo rector de Valencia, el conocido historiador y civilista. Eduardo Pérez Pujol (1830-1894), desarrollado luego mediante una ambiciosa obra articulada con el preciso título de *La revisión del Código civil español* (I-VI, Madrid 1895-1902), el proyecto de Comas es el texto mayor más apreciado en los ambientes jurídicos universitarios. Cuando van pasando los años y su presencia se pierde en la memoria de las aulas, una rendida biografía, premiada en un concurso que convoca la Facultad de Madrid, permite presentar la figura ante las nuevas generaciones (24).

No puedo entretenerme en esa biografía, de estilo hoy insoportable. Basta llamar la atención sobre la *laudatio* con que acaba su prólogo, pues contiene unos párrafos tan cargados de sentido arqueológico que nos compararíamos con Schliemann cogiendo por primera vez en sus manos la máscara áurea de Agamenón. Escribe Manuel Lezón, un registrador de Celanova (Orense) que hace muy poco ha obtenido premio en los concursos académicos de derecho consuetudinario (25), pero se limita a copiar, con cita, líneas ajenas: de Felipe Sánchez Román, colega del difunto Comas en la otra cátedra madrileña de Derecho Civil. Y todavía: los elogios de Lezón son para Comas, pero las líneas de Sánchez Román contenían un elogio dedicado a Enrico Cimbali.

Me venía conteniendo, pero ahora no puedo evitar invocar, también en esta sesión de nuestro curso, la lección doctoral de Paolo Grossi (26). Como muchos recordarán, el maestro florentino nos hablaba del iussocialista siciliano Cimbali (1855-1887) para destacar que su obra más conocida, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* (1884), representa en Italia la voz crítica más potente en la denuncia del absolutismo jurídico, por lo demás crítica aún en franca minoría frente a los aduladores del Código unitario de 1865 (27).

(24) MANUEL LEZÓN, *D. Augusto Comas como legislador, catedrático y juriconsulto*, Madrid, Hijos de M. G. Hernández, 1903, pp. 72-73 con transcripción de la carta de Comas aquí recogida, que tenía a Lezón como destinatario.

(25) MANUEL LEZÓN, *El derecho consuetudinario de Galicia*, Madrid, Impta. del Asilo de Huérfanos, 1903, segundo premio en el Cuarto concurso (1901).

(26) PAOLO GROSSI, *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona, 1991. En su lengua original y más accesible a todos, «Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX», en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 64 (1991), pp. 5-17.

(27) GIOVANNI CAZZETTA, «Civilistica e "Assolutismo giuridico" nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'Esegesi (1865-1881)», en P. CAPPELLINI y otros, *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 397-418.

Ahora bien, como suele suceder con las ánforas romana, un arqueólogo de la Bética puede descubrir a dos pasos de Barcino que Cimbali habla también español y recibe en esa lengua los elogios de Sánchez Román; unos elogios endosables —como esos títulos de crédito usados a gran escala, con que Cimbali ponía a prueba las estrecheces del derecho patrimonial codificado— y en efecto endosados por Lezón a la orden de don Augusto Comas.

En este negocio cambiario de elogios al portador la posición jurídica de Lezón no queda demasiado clara, pero lo está, desde luego, la relación subyacente que permitía comunicar piropos entre el civilista siciliano y el civilista madrileño. No sólo Comas recibe homenajes *post-mortem*: media Italia también se vuelca para recordar al malogrado Cimbali unos años después de su muerte (28). Media Italia y algo de España: hecho muy inusual, pues estamos a comienzos de siglo, Sánchez Román publica un sustancioso artículo sobre «Enrico Cimbali in Ispagna», que es la traducción al italiano del prólogo a la versión española de la *Nuova fase* (29), donde se menciona con insistencia el nombre de Augusto Comas (30). La cosa sin duda bastó para que discípulos de Cimbali y su propia familia, otra saga de catedráticos como la engendrada en España por Odón de Buen, publicaran en su correctísimo italiano original alguna carta de Comas de felicitación a Cimbali por la *Nuova fase* y con anuncio, más súplica de ayuda, de sus trabajos para reducir ese libro a proyecto de Código alternativo (31).

(28) *La vita e le opere di Enrico Cimbali nella critica italiana e straniera e nei ricordi di amici e discepoli. Con appendice di scritti vari di lui*, Torino, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1916.

(29) ENRIQUE CIMBALI, *La nueva fase del Derecho civil en las relaciones económicas y sociales*, trad. de la 2.^a ed. italiana (1889) por Francisco Esteban García, Madrid, 1893. Hubo otros interesados en el proyecto de traducción: carta de Giovanni (Juan) CRESPO HERRERO, «Avvocato del Foro di Madrid», a un ya difunto Enrico Cimbali, 17 de abril de 1888, solicitando autorización —«di grande utilità per la patria mia, specialmente in questo momento in cui si sta scrivendo un codice civile»— y con anuncio de prólogo a cargo de «Edoardo Pérez Pujol, antico Rettore e Professore di Diritto nell' Università di Valenza, e di piú giureconsulto molto conosciuto in Spagna», en *Opere complete di Enrico Cimbali, VI. Epistolario con in appendice lettere di illustri italiani e stranieri a lui*, Torino, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1912, pp. 450-451.

(30) Y es de advertir que el prólogo de SÁNCHEZ ROMÁN se tradujo de inmediato en Italia; «Enrico Cimbali e la nuova fase del diritto civile, Saggio biografico-critico tradotto dallo spagnuolo dall' Avv. Giuseppe Bartocci Fontana», en *Rassegna di scienze sociali e politiche* (Firenze), 11 (1893), estr. 18 pp. Cfr. MARÍA TERESA NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Napoli, Jovene, 1986, II; Repertorio, ref. 2067, p. 510 (con Francisco por Felipe).

(31) Cfr. *Epistolario cit.*, pp. 439-440. Curiosamente, en este tupido cruce italo-español de elogios, f(r)ases y cartas el texto de Comas a Cimbali había sido incluido por Sánchez Román en su prólogo a la traducción de Francisco Esteban García a partir de algunas ediciones italianas de las obras del joven y malogrado maestro donde se incluía con legítimo orgullo.

De Cimbali pudo así entenderse en Italia que «la Spagna lo trovó a drittura legiferabile»: encantado con el camino que se le abría al otro lado del Mediterráneo, el desbordante privatista de Catania se puso a reescribir sus propuestas y a desarrollarlas con textos articulados (32). Una muerte prematura le impidió presentar resultados, pero este episodio tan significativo, que vincula en un solo trazo los nombres de Cimbali, Sánchez Román, Comas y Lezón, la Facultad de Madrid, el iussocialismo, los concursos de Derecho consuetudinario, la Ley de Bases, el Código civil español y el absolutismo jurídico, sirve muy bien, en mi opinión, para cerrar el arco que nos abrían las tesis. Es útil aún para recordarle al amargado Unamuno que, a pesar de la pérdida de Cuba, podía ir preparando sus clases de Griego al menos con la misma dedicación con que Comas preparaba en la Facultad central su proyecto de Código; nos indica, sin bromas, que a finales del siglo XIX, al menos en los círculos más contestatarios de la Universidad, se publica algo más que gacetas y se escriben otras cosas que los oficios.

Entre 1865, fecha del Código italiano, y 1888-89, fecha del Código español, no sólo median 23 años (por cierto; la pintoresca edad para alcanzar la mayoría que contemplaba el Código antes de la reforma); mediaba toda una época, la época —como decían nuestros mayores— de la cuestión social. La cuestión social sacude a todo Occidente y la respuesta del jurista, que dispone además del vapor y está a punto de consumir gasolina, no tiene como referente único el derecho ni el colega nacional: en tiempos de socialismo utópico y científico, el jurista, el civilista en particular, pone el granito de arena del socialismo jurídico, tan bien estudiado por ejemplo para el caso de Cimbali (33) y planteado al menos para el caso español (34). Y en este estrato de nuestro yacimiento arqueológico puede suceder, según acaba de comprobarse, que un jurista italiano critique su código para que le aproveche de inmediato a un civilista español. Sucede también que el Código ibérico pueda cotejarse con el itálico, pues los problemas y los ambientes intelectuales son ciertamente comunes (35). Antes que Derecho

(32) Cfr. *Nuova fase*, 4.^a ed., 1907, p. XVIII de «giudizi intorno all'opera».

(33) ADOLFO DI MAJO, «Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico», en *Quaderni fiorentini*, 3/4 (1974-1975), pp. 383-411.

(34) BARTOLOMÉ CLAVERO, «Estudio preliminar», en su edición de otro clásico italiano, de inmediato traducido (1907) entre nosotros: GIUSEPPE SALVIOLI, *El Derecho civil y el proletariado* (1906), Sevilla, Universidad, 1979, pp. 9-44.

(35) EMILIO BIANCHI, *Studio analitico sul nuovo codice civile spagnuolo (14 luglio 1889) in relazione al codice civile italiano*, Firenze, Pellas, 1891, con reseña aparecida en la misma tierra de Cimbali: cfr. *Antologia Giuridica* (Catania), 5 (1891), pp. 475-476. Y sabemos que BIANCHI, profesor en Pisa de Derecho Civil y colaborador en las principales revistas jurídicas de Italia, se unió a Cimbali, bajo el influjo ambos de CARLO FRANCESCO GABBA, en la campaña de críticas contra la prohibición de investigar la paternidad: EMILIO BIANCHI, «Le indagini di paternità. Proposta di riforma dell'articolo 189 del Codice civile italiano», en *Archivio giuridico*, 24 (1880), pp. 162-183; cfr. ahora GIOVANNI CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazioni del diritto, comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè (Per la storia del pensiero giuridico moderno. Biblioteca, 40), 1991.

positivo, el código es cultura jurídica, entendimiento de unas fuentes, diseño de unos sujetos. Si preocupa en España el Derecho consuetudinario es porque se cree, lo mismo aquí que en Inglaterra o en Rusia, en la raza y su cultura, no porque merezca la pena tomarse en serio, a la contra, un Código desfasado y sin método. Lo sabe muy bien Augusto Comas y es lo que, en sus cursos, podrán aprender los estudiantes.

Se comprende por fin la irrelevancia del Código civil en la ciencia y en la docencia. Tampoco será muy diferente el aspecto del derecho jurisprudencial, según me comunica uno de mis más queridos mandantes, el civilista sevillano Paco Capilla. Todavía a comienzos de los '70 algún eco de esa época Paco y yo recibimos: en una de las primeras clases del curso de Derecho Civil (1972-1973) don Alfonso de Cossío nos habló de un Buen Juez Magnaud cuyas sentencias, siempre anuladas por la *Cour de Cassation*, alcanzaron resonancia en España por vía de traducciones (36). Pero el viejo Cossío (1911-1978), discípulo ya en la República de lo mejor del franquismo (Federico de Castro y Bravo, 1903-1983, Jerónimo González Martínez) y por esos años de Paco y míos abogado defensor en el Proceso 1001, era un civilista algo heterodoxo, hasta en su estilo como profesor: siempre consideró las prácticas una soberana estupidez y nunca se preocupó de traer un Código a la clase.

4. RESTOS DE OPOSICIONES Y ECOS DE BIBLIOTECAS

El arqueólogo pide disculpas a todos por haber perdido de vista sus objetos llevado de los sentimientos que merecen los sujetos: unos sujetos tan importantes que tienen que desaparecer, objetivándose, si nos importa sacar a flote una cultura que está oculta. Por ejemplo, la cultura civilística que documentan las bibliotecas.

Puede parecer admirable, pero hoy por hoy nos resulta más fácil conocer los entresijos del dominio señorial de San Cugat *mil anys enrere* que saber qué demonios se leía en la Facultad de Derecho hace apenas un siglo. Y cuando encontramos restos significativos para iluminar la cuestión, se trata de téseras desperdigadas, que no dejan reconstruir el mosaico. Me arriesgaré, a pesar de todo, a presentar los pocos de que dispongo en la confianza que entre todos podemos avanzar en la interpretación; pero cuidado: nadie espere encontrar en Alcalá, más aún sin la ayuda de Andrea Romano, la villa de Piazza Armerina.

(36) HENRY LEYRET, *Las sentencias del Magistrado Magnaud*, reunidas y comentadas por ... Versión castellana, prólogo y notas por Dionisio Díez Enríquez, Madrid, Reus, 21909. La cosa interesó a AZORÍN, «El buen juez», en *Los pueblos*, 1904; lo recuerda ahora Mario Vargas Llosa en su discurso académico ante la Real de la Lengua (cf. *El País*, 16-I-1996, Madrid, La Cultura, pp. 34-36), que me pasa Antonio Serrano.

Para los años que rodean el Código civil tenemos unos datos sobre obras consultadas que proceden de las memorias de apertura de curso en la Universidad Central. No sé como se elaboraron estas series ni dispongo de sumas parciales referidas a fondos de Derecho pero la imagen de conjunto, otra vez demasiado burda, algo que puede aportar al ejercicio nemotécnico que practicamos (37). Si prescindimos así de los números y atendemos tan sólo a las tendencias, el panorama sería como sigue. Hace menos de un siglo, los lectores de una biblioteca universitaria madrileña mostraban todavía una gran familiaridad con obras escritas en latín, es decir, en la lengua de cultura del Antiguo Régimen (1889-90: 2.344). Con mucho la lengua más leída era el castellano (1889-90: 38.789), seguida del francés (1888-89: 6.617). Los datos más próximos referidos a Derecho (1899-1900), que incluyen también la Teología, confirman esas tendencias generales, pero el uso del latín (1.233) y el francés (3.856) en relación al total de obras castellanas consultadas (11.055) indica que, en términos relativos, cuando se crea la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales con el Plan de 1900, los juristas manejan esas lenguas con más fruición que el conjunto de los universitarios. Negativamente, no se aprecia para Derecho (y Teología) la marcha lenta, pero ascendente, del alemán, que nada cuenta, lo mismo que el inglés y el italiano.

Con estas limitaciones, que se agravan ahora porque la suma total de los incrementos parciales no se ajusta a lo que recogía en su memoria el Secretario General de la Universidad, conocemos el ritmo de adquisiciones en la biblioteca de la Facultad de Derecho. En los años comprendidos entre García-Alix y la Guerra del Catorce (cursos 1899-1900 a 1913-1914) los libros de Derecho pasan de 52.667 volúmenes a un total de 56.422, lo que representa poco más de 225 volúmenes por año. Son cifras enigmáticas que sólo indican tendencias: por ejemplo, no tengo claro si las compras van junto a los donativos.

Una fuente tan parcial como extraordinaria se refiere sin embargo a las compras y permite conocer también los títulos comprados en Derecho (38). Se trata de un libro registro de la biblioteca que cubre, con muchos huecos en el cambio de siglo, los años 1863 a 1916. Entre las fechas más antiguas, ese primer año es excepcional: se compran cerca de doscientos libros, en su mayoría manuales franceses y literatura exegética, pero aparecen también algunos títulos de signo muy diverso (*Manual de la mujer cristiana*, 1859; *Las delicias de la piedad*, 1857; *Cartas sobre el movimiento anticatólico en Italia*, 1861, o *La confesión sacramental*, 1856). En general, la biblioteca crece a un ritmo pobrísimo: cinco libros en 1864, otros

(37) Son materiales un poco dispersos por las mayores bibliotecas, que pueden consultarse con comodidad en el Archivo Histórico de la Universidad Complutense, Madrid. Para otro caso significativo, contamos con la aportación de RAMÓN RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *La Biblioteca de la Universidad de Oviedo, 1765-1934*, Oviedo, Universidad, 1993.

(38) Archivo Histórico *cit.*, sig. B-1320.

tantos en 1865, diez en 1866... En 1875 sólo se compran los manuales de derecho romano de Gómez de la Serna y de Ortolan y la colección de jurisprudencia de José María Pantoja. Y las cosas no avanzan mucho en los comienzos del siglo XX: un año no malo sería 1907, con 33 asientos en el libro registro equivalente a 412 ptas. y 50 cts., más o menos las 399 ptas. con 90 cts. que permiten comprar a la Facultad diez obras en 1913.

De todas maneras, desde 1906 tiene lugar en Madrid un acontecimiento fundamental, que dinamiza este panorama lánguido y explica mejor las tesis doctorales que antes cometábamos. Por iniciativa de Ureña, profesor de Doctorado de tradición krausista y republicano de pro, se aprueba la fundación del «Museo-Laboratorio Jurídico», lo que supone pregonar con la frente muy alta que la Universidad Central profesa una fe científica, positivista y experimental, muy propia de los tiempos (39). Supone además dotar a la Facultad de una sala de trabajo que reclama su propia biblioteca y de inmediato se aprecia que las novedades y el dinero para libros, antes que a la instalación tradicional de la Facultad, llegan al Laboratorio de Derecho (40).

Ideado por un profesor de Doctorado con el seminario alemán por modelo, este Laboratorio está al servicio de la elaboración de la tesis, y así, la comparación de las listas de adquisiciones con los títulos del fichero de tesis revela la coherencia de un verdadero proyecto intelectual: una cultura jurídica para lo que literalmente cuenta más Uganda o el Congo belga que todo un «Derecho Civil Español, Común y Foral».

Veamos. A tenor de la memoria de apertura de curso de 1910-1911, además de «12 rollos de papel de bromuro de plata para 50 fotografías», «100 gramos de hidroquinona», un «Aparato Globus I, para reproducción de códices y documentos» o un «Aparato para la colocación y lectura de los Bronces jurídicos», se compran para el Museo-Laboratorio Jurídico títulos como Salomon, *De l'occupation des territoires sans maître en droit international*; Renton, *Comparative Law of Marriage and Divorce*, o Janon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*. Y por su parte van a la biblioteca de la Facultad libros como Gauthier, *Ibn Rochd Ibn Thosail*; Masneur, *La Chefa*; Dussand, *Les civilisations pré-helléniques*; Fluterau, *Notes sur la vie familiale et juridique de quelques populations du Congo Belge*; Zeillin, *Le style administratif chez les assiriens*; Rolin, *Le droit de l'Uganda*. Lo que nosotros identificaríamos como material jurídico llegaba por la vía de revistas, que también per-

(39) CARLOS PETIT, «La prensa en la Universidad: Rafael de Ureña y la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (1918-1936)», en *Quaderni fiorentini*, 24 (1995), pp. 199-302, con informaciones y materiales que me servirán en lo sucesivo.

(40) Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, «Sobre enseñanzas del Derecho. A propósito de la significación pedagógica del "Museo-Laboratorio Jurídico"», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Órgano de la Facultad de Derecho y del Museo-Laboratorio Jurídico de la Universidad de Madrid* (RCJS), 2 (1919), pp. 5-20, pp. 504 y ss. y 3 (1920), pp. 5-17. También, JESÚS GUTIÉRREZ GASSIS, «El método de la pedagogía jurídica», *ibid.* 4 (1921), pp. 402-423.

mitía disponer de títulos como *Revue du Monde Musulman* y *Anthropos*, *Revue Internationale d'Ethnologie et de Linguistique*, pero además el *Giornale degli Economisti*.

Son revistas y libros que tienen que servir, en el momento dramático de la provisión de una cátedra, para poner en manos de los aspirantes lo indispensable con que preparar una dura intervención. Por fortuna la suerte no abandona al arqueólogo intruso, que ha encontrado los restos de una oposición a la plaza de Madrid, vacante por fallecimiento de Sánchez Román. En su nivel inferior del yacimiento aparece también la oposición del causante, el viejo don Felipe, a una cátedra de Granada: la comparación entre esos restos nos permitirá obtener una idea muy cabal de la cultura civilística española para antes y después del Código civil (41).

Hay que advertir que las oposiciones se rigen por un reglamento tan variable como los planes de estudio, hoy huérfano, aún más que estos planes, de una mínima reflexión (41 bis). En términos muy generales es suficiente indicar que la pieza más importante bajo el imperio de la Ley Moyano es el R.D. de 2 de abril de 1875, con el reglamento de oposiciones a cátedras en la enseñanza oficial. No es simple la formación del tribunal, que no reúne solamente catedráticos: fruto de la colaboración administrativa entre la Dirección General del ramo y el Consejo de Instrucción Pública, las propuestas, designaciones y renunciaciones a veces retrasan años la práctica de las oposiciones. Los ejercicios (arts. 18-22) son tres: diez preguntas sorteadas a partir de un temario elaborado por el tribunal, una lección del programa de los opositores entre tres determinadas al azar, exposición de ese programa y del plan didáctico de la asignatura. A veces hay algún ejercicio complementario —en Derecho se exige para «Práctica forense» y es muy frecuente en Ciencias— y siempre hay turno de trinca, esto es, intervenciones críticas de los opositores sobre los ejercicios de cada colega. No hay momento de valoración de publicaciones. El tribunal eleva propuesta en tema y el Ministerio nombra, oído el Consejo de Instrucción Pública, no necesariamente a favor del primero.

Otra vez aparecen las distancias que separaron España y Alemania: aquí habilita para el profesorado la simple enseñanza de un programa, no méritos contraídos en la investigación. Sin embargo, con los años las distancias se acortan y también en España termina por valer algo la letra escrita. Un nuevo reglamento impone desde comienzos de siglo el trabajo de firma, «de investigación o doctrinal propia» que se presenta, junto al programa, antes de comenzar la oposición (R.D. de 27 de julio de 1900, art. 7; R.D. de 8 de abril de 1911, art. 9). Desaparecen las vie-

(41) Archivo General de la Administración, Alcalá de Henares, Sección de Educación y Ciencia, leg. 5339-27, con el «expediente de oposición a las cátedras de Ampliación de Derecho Civil y Códigos españoles» (1876); leg. 5364-6, que es la oposición a la cátedra de Madrid (1916).

(41 bis) Introduce MARIANO PESET, «Oposiciones y selección del profesorado durante los años de la Restauración», en BILE (2.ª época), 1 (n.º 2), (1987), pp. 3-28.

jas trincas, «vestigios de los siglos medios, herencia de la España militar y escolástica» (R.D. de 1900, exposición), pero los opositores mantienen alguna posibilidad reglamentaria de refutar a los colegas. Los ejercicios aumentan en relación a 1875 y el temario del tribunal sirve para preguntar dos temas a todos, por escrito, y también a los efectos de una prueba oral de respuesta a cinco temas sorteados para cada uno de los opositores (R.D. de 1900, art. 20; R.D. de 1911, 26). Se introduce además un ejercicio de carácter práctico, que en las cátedras civilísticas suele ser un dictamen o la exégesis de un precepto legal (R.D. de 1900, art. 24; R.D. de 1911, art. 27). Se mantiene la lección de programa con encierro de preparación (R.D. de 1900, art. 21; R.D. de 1911, art. 28) y la tradicional defensa del programa y su método finaliza las pruebas.

Desde el punto de vista arqueológico que aquí nos interesa la acendrada oralidad de las viejas oposiciones se traduce en actas que no son muy expresivas. Podemos conocer los nombres de los intervinientes, opositores y jueces, los programas y temarios, la duración de las intervenciones y trincas, pero poco más. Sin embargo, la lista de los materiales utilizados en el encierro preparatorio de la lección de programa es un resto muy valioso de culturas jurídicas perdidas. Y en el nuevo siglo los trabajos de firma añaden locuacidad.

Don Felipe Sánchez Román, avisgado auxiliar vallisoletano, es uno de los primeros en sufrir los efectos del reglamento de oposiciones de 1875. Oposita el año siguiente a las cátedras de «Ampliación de Derecho Civil y Códigos Españoles» de Granada, Santiago y Oviedo, ante un tribunal que preside el canonista Vicente Lafuente e incluye a Antonio Rodríguez de Cepeda (Valencia), Augusto Comas (Madrid), Domingo Alcalde (Zaragoza), Mariano Ripollés (Salamanca), Felipe González Vallariño y Vicente Olivares («Doctores de la Facultad»). Son muchos los opositores que firman y nueve los que toman parte. Exactamente tres turnos de trinca: Fernando Muñoz y Rosa, Felipe Sánchez Román, Lorenzo de Prada Fernández; Fermín Canella Secades, Eusebio Sánchez Reina, Federico Brusi Crespa; Félix Pío de Aramburu y Zuloaga, Ramón Andreu Serra y José Sánchez de Molina. A la vista de estos nombres el arqueólogo concluye que el mejor opositor de ayer, nuestro buen Sánchez Román, merecidamente es hoy el más conocido, pero algo puede sonar Félix Pío de Aramburu, que ganó entonces la cátedra civilística de Santiago y fue penalista en Oviedo, donde ejerció de rector, y en el Madrid anterior a Quintiliano Saldaña. Otro ilustre ovetense, Fermín Canella, que no salió de Civil, es conocido como historiador de su Universidad y cronista de la época más ilustre de la Facultad de Derecho. En fin, un opositor fracasado, José Sánchez de Molina y Blanco, fue autor de una útil recopilación jurídica de fuentes históricas y jurisprudencia reciente, sin concepto, mas con nombre y aspecto de código.

Tenemos información sobre el ejercicio de programa y los materiales solicitados para su práctica. Sánchez Román, que presentó un pro-

grama de 144 lecciones, expuso la lección 44, comprometidísima disertación —sobre todo para ser defendida bajo la presidencia de Lafuente— que le enfrenta con la ley matrimonial de Montero Ríos (42). Usó tratados civilísticos españoles y obras de referencia (Gómez de la Serna/Montalbán, Benito Gutiérrez, Del Viso, Escriche, García Goyena) y algo de Derecho canónico y natural (la *Disciplina eclesiástica* de Salazar y Lafuente, el *Derecho Natural* de Taparelli, la obra de Gallembat sobre el *Concilio de Trento*), pero también solicitó la legislación contemporánea (Ley de 1870, *Gacetas* del primer semestre de 1875), la literatura más o menos polémica que levantó esa legislación (Manuel Alonso Martínez, Francisco de Cárdenas, Sánchez de Toca) y algunas revistas extranjeras (así, un artículo de William B. Lawrence aparecido en el tomo segundo de la *Revue de Legislation Comparée*). Bastante más, por ejemplo, que Fermín Canella, que tuvo también que hacer frente a una lección sobre matrimonio y se apoyó en las obras generales al uso, la jurisprudencia del Supremo y alguna cosa extranjera (Olivecrona, *Communauté des biens entre époux*; Niutta, *Diritto di famiglia*). Según los casos se añaden títulos y materiales legislativos, pero está claro que el «vademezum» de los opositores a cátedras de Civil en esos primeros años de la Restauración lo constituyen las obras de García Goyena, Gómez de la Serna/Montalbán, Gutiérrez y Salvador del Viso, pero también Escriche, Vicente y Caravantes, el viejo *Febrero* o Alcubilla.

Sabemos que Sánchez Román, feliz opositor y catedrático en Granada, tuvo desde allí protagonismo en la elaboración del Plan Gamazo y que pasó por traslado (15 de enero de 1884), entre muchos aspirantes y gracias a los méritos contraídos con la publicación de sus voluminosos *Estudios*, a la nueva cátedra madrileña de «Historia General del Derecho Español» (43), pronto abandonada para ocupar cátedra de «Derecho Civil Español, Común y Foral» también en Madrid (R.O. de 24 de noviembre de 1885) (44). Es la cátedra en cuyo ejercicio fallece en 1916 y que ocupará, mediando la pertinente oposición, su jovencísimo hijo Felipe.

(42) Exactamente: «Modos de constituirse la Patriapotestas.— 1. Del matrimonio. Su definición. Su origen y naturaleza bajo el concepto de institución de la Iglesia Católica y bajo el puramente jurídico. Sus fines. ¿Cuál de ellos puede y debe calificarse de esencial? Sus divisiones. Sistemas matrimoniales. Noticia de los observados en España. Reforma tridentina y Real Cédula que la autorizó en España. Ley Provisional del Matrimonio Civil y causas que determinaron su publicación. ¿Cuál es la Legislación vigente sobre la materia? Decreto de 9 de febrero de 1875. ¿Constituye alguno de los sistemas indicados anteriormente? Juicio crítico».

(43) Cfr. Archivo General de la Administración, Sección de Educación y Ciencia, leg. 5341-38. Y los *Estudios*, obra estimada de mérito por el Consejo de Instrucción Pública, le permitieron pasar por delante del publicista Vicente Santamaría de Paredes, más antiguo en el escalafón, al disputarse unas categorías de ascenso en 1882 (leg. 5341-15).

(44) Para todo esto interesa el expediente personal, Archivo *cit.*, Sección de Educación y Ciencia, caja AGA 16715.

En el otoño de aquel año, cuando tienen lugar los ejercicios correspondientes, Felipe Sánchez-Román Gallifa (n. 12 de marzo de 1893) es un chico apenas mayor de edad, brillantísimo estudiante de licenciatura de la promoción 1908-13 que se ha doctorado, con una tesis sobre el art. 1901 del Código civil según conocemos, defendida dos años antes ante el procedimentalista Tomás Montejo, el romanista Ismael Calvo, el civilista Felipe C. de Diego y los auxiliares Jerónimo González y Casto Barahona (17 de diciembre, 1914). Pasando por delante de Nicolás Pérez Serrano, ha obtenido, junto al joven José Calvo Sotelo, el premio extraordinario del Doctorado, al lucirse con un tema sobre el «Poder coercitivo del Estado: sus fundamentos». Recién doctorado y premiado firma la cátedra paterna, cuya oposición es convocada en turno de auxiliares, pues ejercía interinamente como tal, siempre en Madrid, las enseñanzas de «Derecho Natural» (1914-15) y de «Instituciones de Derecho Romano» (1915-16) (45).

Desde luego Felipe no es el único auxiliar interesado en coronar rápidamente la carrera con una cátedra en Madrid: le disputan la plaza Francisco Casso y Fernández, Leopoldo García-Alas (hijo de otro ilustre del Cuerpo), Salvador Salom Antequera, Francisco Candil Calvo, Gabriel Bonilla y Marín, Manuel Miguel Traviesas, Mariano Caro del Arroyo y Demófilo de Buen Lozano. Algunos se retiraron a lo largo de los ejercicios (Traviesas, por entonces catedrático de Romano en Oviedo y más tarde miembro del Tribunal de Garantías Constitucionales; Salom, que firma también cátedras de Penal y obtiene en 1918, junto a Castán, la cátedra civilística de Murcia) y otros, de momento fracasados, ocuparán con todo mérito cátedras de Civil en los años siguientes (García Alas en Oviedo, De Buen en Salamanca y Sevilla, donde también obtiene plaza de Mercantil Francisco Candil). Estamos, como se ve, ante un brillante plantel de opositores, muchos recién venidos, gracias a las pensiones de la Junta de Ampliación de Estudios, con sus dogmas y sus códigos de Suiza o Alemania.

El tribunal de la cátedra es casi el mismo que aprobó con aplauso la tesis doctoral de Felipe. Preside Ismael Calvo y son vocales Tomás Montejo, De Diego, el catedrático de Valladolid Calixto Valverde (apoyado en 1903 por el viejo Sánchez Román, presidente en sus oposiciones a la cátedra civilística de Granada) y el doctor Niceto Alcalá Zamora, del claustro de Madrid, a título de «competente». Por eso, la mayoría del tribunal no invertiría mucho tiempo en estudiar el trabajo de firma presentado por nuestro joven opositor: *Una contribución al estudio de las obligaciones naturales en el Código civil*, sin duda

(45) Son noticias que tomo de su expediente para la expedición de los títulos de licenciado y doctor en Derecho, Archivo *cit.*, Sección de Educación y Ciencia, misma caja AGA 16715. El expediente de catedrático, *ibid.* leg. 47075-82.

excelente (46), pero demasiado deudora de la tesis sobre las palabras *justa causa* del artículo 1901 que había defendido en el curso 1914-1915.

Su programa de «Derecho Civil Español, Común y Foral» muestra la profunda renovación producida desde que su padre se vio envuelto en trance similar cuarenta años antes. El plan general es savignyano, esto es, con derecho familiar y sucesorio al final, muy diferente al programa paterno de oposiciones (personas y familia, cosas con sucesiones, obligaciones y contratos, todo ello adornado de «apéndices» con lecciones de Derecho foral) pero coincidente con el que desarrollaban los *Estudios* y convirtieron al viejo Sánchez Román, al menos según opinión de los contemporáneos (47), en primer valedor del sistema de Savigny en España. Los epígrafes de las lecciones citan aquí y allá a los grandes del momento y sus teorías: por ejemplo, Enrico Cimbali a propósito de la propiedad (lecc. 38); Savigny y Jhering, por supuesto, pero también Raymond Saleilles, cuando se habla de la posesión (lecc. 48).

Son, en relación a 1876, nuevos tiempos, que se manifiestan también en las opciones del tribunal para la práctica de los primeros ejercicios. Los 235 enunciados del temario contienen un programa general de la materia, mas no faltan cuestiones que se salen fuera de los artículos del Código civil: «El Derecho Civil y la Antropología, la Economía y la Sociología» (tema 3); «Tendencias modernas en los estudios de Derecho Civil» (tema 15); «Fuentes del Derecho civil español común. La costumbre del lugar. Problemas relativos a esta fuente del Derecho» (tema 18). Hay todo un tema (el 119) sobre «El contrato de trabajo», por supuesto al margen, a pesar del Código, de la «Exposición del arrendamiento de servicios. Del transporte» (tema 113).

La suerte quiso que los nerviosos opositores tuvieran que vérselas, como asunto del primer ejercicio, con la «Progresión legislativa del Derecho civil español común. Orígenes y fases principales de su evolución» (tema 6) y el «Estudio doctrinal y legal de los albaceas» (tema 204). Felipe se movió en el segundo con mayor comodidad, pero su mediocre respuesta al tema histórico revela, al menos, lo mismo que aquel enunciado, una concepción evolutiva y positivista sobre

(46) Al arqueólogo le interesa destacar el alcance que presenta este estudio para una teoría de las fuentes: la obligación natural, indefinida en el Código, es un caso patente de las omisiones y errores que pueblan sus artículos; el art. 6 demostraría, en lectura de filigrana, que el legislador español sabe que su obra se encuentra llena de defectos, oscuridades y silencios, ante lo que el intérprete, con la válvula abierta representada por los principios generales del Derecho, tiene un ancho terreno paralegal en que ejercer su labor, que viene finalmente a ser, aunque «partiendo de principios completamente opuestos» (pp. 32 y ss.), esa *libre recherche scientifique* que ha teorizado en Francia el gran François Géný.

(47) Cfr. por ejemplo CIRILO PALOMO Y MONTALVO, «Profesor auxiliar en la Facultad de Derecho de la Universidad Central», *Plan y programa de Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, Impta. de la sucesora de M. Míñesa de los Ríos, 1903, pp. 10 y ss.

los «elementos» formativos del Derecho español que, impartida desde la cátedra por figuras como Rafael de Ureña y Smenjaud, profesor de Doctorado, hacía entonces furor. En cualquier caso, el lector actual, que es un simple arqueólogo de saberes, no ocultará sus preferencias por la actuación de Demófilo de Buen.

El otro ejercicio común, el tercero, consistió en un espinoso problema de Derecho Hipotecario y Felipe, que a poco de acabar los estudios había sacado plaza de auxiliar tercero en la Dirección General de los Registros (26 de febrero de 1914), salió con toda dignidad del trance. Pero tampoco fue despreciable el dictamen de Demófilo de Buen.

Nos topamos, excavando en los papeles del archivo, con la lección de programa. Si Sánchez Román, Aramburu o Canella aún dependían en 1876 de Joaquín Escriche, Salvador del Viso y Pedro Gómez de la Serna, Felipe Sánchez-Román Gallifa, Polín García-Alas y Demófilo de Buen disponen de una cultura civilística transida de los pandectistas, los modernos franceses, los mejores italianos. Ha sido posible, desde luego, por los esfuerzos de las dos generaciones anteriores, cuyas obras generales ahora se tienen en cuenta (Sánchez Román, pero también Valverde y De Diego), lo mismo que conservan algún uso polvorientos libros de los tiempos de Moyano (Gutiérrez, Gómez de la Serna), pero nos encontramos ante niveles textuales que se trepan para llegar a las alturas de un Windscheid, un Girard, un Kohler o un Polacco.

Felipe, que actuó el 20 de noviembre, expuso una lección sobre la institución de heredero (lec. 152): conoce a los españoles clásicos (Pedro Gómez de la Serna, Benito Gutiérrez) y postclásicos (comenzando por su padre), pero le atraen más italianos como Vitali, pandectistas ortodoxos como Windscheid y otros más heterodoxos como Dernburg, franceses y belgas que están de vueltas de la *Exégèse*, como Planiol, Roguin y Girard. Tal vez le entregaron *ex officio* un Código civil español, pero lo que Felipe pidió en ese momento arriesgado de su carrera fueron algunas fuentes históricas (Digesto, Partidas, Ordenamiento de Alcalá) y un ejemplar del BGB.

Es la misma cultura de Leopoldo García-Alas, enfrentado a una «Clasificación de las obligaciones» (lec. 77) con la ayuda de sus mayores más y menos recientes (Gutiérrez, Manresa, de Diego), pero sobre todo en comunión de alemanes (Windscheid, Hübner, Stammeler, Ennecerus). La tendencia jurídico-cultural es extrema en el caso de De Buen, pues su lección era un clásico asunto de Derecho español, positivo y codificado («Formas testamentarias según el Código civil», lec. 144) que le obliga a consultar a los españoles del momento, comentaristas (Manresa, Mucius Scaevola) y expositores generales (Sánchez Román, Valverde) del Código civil, que se adornan con las mejores galas de la Pandectística (Windscheid), los primeros lectores del BGB (Cosack) y la comparación aportada por franceses e italianos (Roguin, Planiol, Vitali). Así pidió De Buen otro Código alemán y un

código suizo, para cuyo mejor manejo contó también con el *Exposé de motifs* de Eugen Huber.

5. HALLAZGO DE UNA REVISTA Y LOCALIZACION DE UN HUECO

De Buen y García-Alas hicieron un excelentísimo papel, pero salvo el voto de Alzalá Zamora, que siempre fue para el primero, en la votación final (30 de noviembre de 1916) salió el joven Felipe. Al fin y al cabo, como sin duda triunfador y fracasados sabían perfectamente, nuestro Código civil permite hasta dos generaciones las sustituciones fideicomisarias (art. 718).

El acceso se produce en unos años en que Rafael de Ureña, medio pariente del nuevo catedrático, ejerce el decanato de la Facultad. El Museo-Laboratorio comienza por entonces a publicar una interesantísima *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (1918-1936) con el propósito declarado de dar salida a las mejores tesis, mostrar a todos los resultados del método experimental aplicado a los estudios de Derecho y convertir en papel las actividades ordinarias y extraordinarias que se realizan en las aulas de Madrid. Publican, por ejemplo, sus dictámenes en casos complicados de Derecho Mercantil los estudiantes de Licenciatura —un expedito José Antonio Primo de Rivera, un sesudísimo Joaquín Garrigues— y desde luego publican también los profesores: Ureña, decano y director, Gascón y Marín (Derecho Administrativo), Adolfo Posada, Quintiliano Saldaña, Luis Jiménez de Asúa ... Publican los profesores y se publican las tesis, mas con una admirable excepción: en esta *Revista* no veremos casi nada de Derecho Civil. Es un punto capital que desde luego nos interesa.

Apenas hay más Derecho Civil que una larga nota bibliográfica del joven auxiliar José Castán, por entonces próximo a ganar las oposiciones a la cátedra de Murcia. Titulada «El momento actual en la literatura del Derecho civil» y estratégicamente colocada en el volumen primero, hoy puede leerse como el anuncio de toda una carencia (48).

Leamos. Es muy poco lo que se escribe de Derecho civil y menos aún lo aprovechable. Foro y magistratura han dejado a la cátedra en solitario para mantener la ciencia civilística. Lamentablemente, el Derecho civil se encuentra maltratado en el plan de estudios jurídicos: ni siquiera existe cátedra de Doctorado sobre materia de Derecho privado. Las tesis lógicamente escasean, cuando no resultan poco técnicas y a la postre superfluas. Salva la cara Felipe Clemente de Diego, desde luego, autor de una monografía sobre la transmisión de las

(48) RCJS I (1918), pp. 279-291.

obligaciones que es modelo (49), director de un par de trabajos doctorales sesudísimos (Demófilo de Buen, Enrique R. Ramos ...) y alma de un «seminario de Derecho civil establecido en el Centro de Ampliación de Estudios» que colectivamente también algo produce (50). Pero este núcleo excelente de los De Buen, Candil, Ramos o García Alas, «quizá un síntoma de renovación de nuestros métodos científicos», según Castán, resulta al final un núcleo demasiado duro: «Lástima es que se resientan de algunos de los defectos inherentes a toda obra de colaboración y de otros que parecen inseparables de la labor de esta generación de pensionados en el extranjero, que quiso asimilarse la ciencia sintética y dogmática de las escuelas alemanas, sin quizá haber trabajado bastante en nuestros métodos analíticos latinos. Así se explica que manejen mejor, por regla general, los materiales doctrinales que los textos mismos, que descuiden nuestro Derecho histórico nacional y nuestra jurisprudencia práctica, y que con frecuencia no logren, en definitiva, dar cohesión y sentido de visión personal propia a la masa enorme de materiales y papeletas que utilizaron». Son trabajos, si se quiere, demasiado buenos, como demasiado malos parecen aquellos, escasísimos, de «los profesionales del Derecho», con toda «la ingenuidad, la pretensión inocente de hacer obra original y de poder trabajar sin documentarse»: en su osadía ignorante los prácticos no dudan en acudir a títulos «ostentosos», como ese Díaz Caneja que se atreve a escribir, nada menos, *El contrato de arrendamiento de fincas rústicas en el Código civil español* (1918). Tampoco da mucho de sí el «terreno de la exégesis legal», pero no porque esté en cuestión hacia 1918 la crítica a la *Exégèse* que realizan Gény, Saleilles o Lambert y comienza a historiar Bonnetcase; aún menos por tentaciones iusliberalistas, que ni siquiera se conocen al reparar el caso de Alemania: el problema de los Manresas y de los Mucius Scaevolus españoles ha sido simplemente olvidar a los glosadores de la Leyes de Toro. Si los estudios forales se encuentran más florecientes se debe a una «efervescencia» de los «sentimientos regionalistas» pero no a verdaderos análisis científicos: «hemos llegado a pensar si estará próximo el día en que podamos por fin enterarnos de cuáles son las fuentes y cuáles las instituciones de ese llamado Derecho foral, del que todo el mundo hablaba, pero nadie conocía». Se denigra, en consecuencia, la *Enciclopedia Jurídica* que publica Seix y dirige Luis Moutón y Ocampo, conocido foralista, y la alegre movilización general de esfuerzos que provocó la investigación de costumbres hispanas se considera ahora «poco técnica, como la mayor parte de estas informaciones consue-

(49) *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera. La transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, Victoriano Suárez, 1912.

(50) L. ALAS, D. DE BUEN, E. R. RAMOS, *De la prescripción extintiva. Trabajo del Centro de estudios Históricos. Sección de Derecho Civil bajo la dirección de D. Felipe Clemente de Diego*, Madrid, Imprenta Ibérica, 1918.

tudinarias». En tiempos de guerra, en fin, nada se puede esperar del extranjero: «el genio jurídico de los germanos» dio su do de pecho con el BGB; los anglosajones nunca se han dedicado a la ciencia jurídica abstracta, «y menos en Derecho privado»; el sabio Gény se encuentra actualmente sumergido «en el eterno problema del Derecho natural»; en Italia proliferan «manuales en un tomo», que son tan buenos como «elementalísimos»; Suiza padece «la fiebre del comentario»; «la América latina, no produce, por lo general, obra profunda, ni menos original, en Derecho civil». Todo y todos están tan mal que el «Derecho Civil» de España anda de suerte: tan sólo nos queda volver la mirada hacia adentro y sacar otra vez afuera el genio jurídico español.

«Hagamos ciencia propia, que es a la vez hacer patria. El cosmopolitismo en Derecho civil es absurdo». Se diría que el joven Castán, que por esos años multiplica comentarios de este tipo (51), con su amargado diagnóstico delimita más bien el terreno que se sabía llamado a ocupar con aquel abominable *Derecho civil español, común y foral* que ha recorrido varias generaciones de juristas españoles (¿aún lo hacen?). Hacia el exterior basta con conocer unos cuantos nombres: lo suficiente para prescindir de sus obras con aparente conocimiento de causa. En el interior, una ciencia del Derecho civil pasa tan sólo por la actividad de cátedra, mas el profesor universitario debe colocarse entre los excesos de unos pensionados que vuelven de Alemania con la maleta rebozante de dogmas y el atrevimiento de unos leguleyos que producen títulos «pomposos» «sin documentarse». Se trata, en pocas palabras, de rescatar el método analítico latino, más precisamente: un «derecho histórico nacional y nuestra jurisprudencia práctica». Sin llegar nunca a concebir una verdadera actividad historiográfica, según ejercía por entonces el viejo Ureña, no es más que la propuesta de un punto de referencia «español» dotado de efectos legitimados.

Existían por entonces otros foros fuera de la Facultad para discutir sobre Derecho civil (52). La suerte ha querido que el arqueólogo de saberes encuentre en su excavación, maravillosamente datado en el año 1913 de la Era Cristiana, el fragmento de un importante periódico jurídico. Es la *Revista de Derecho Privado*, fundada y dirigida por un oficial de los Registros, José María Navarro de Palencia, pero también por un profesor de Civil de la Facultad madrileña, don Felipe Clemente de Diego Gutiérrez. Navarro de Palencia muere en 1931 y con él desaparece un jurista que se demuestra sensible a la cultura diversa que

(51) JOSÉ CASTÁN, reseña de FRANCISCO CANDIL Y CALVO, *Naturaleza jurídica de la promesa de recompensa a persona indeterminada* (1914), en *Revista Crítica Hispano-Americana*, 1 (1915), pp. 57-59, p. 59.

(52) Cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO, «El método entre infieles o el Código en España», en *Quaderni fiorentini* 20 (1991), pp. 271-317.

denomina en la Facultad madrileña (53). De Diego se hace con las riendas de la *Revista*, dirigida desde el Año de la Victoria por su discípulo Blas Pérez González (1898-1978). Se acentúan así unas opciones legalistas presentes desde primera hora. Son las opciones bajo las que sigue, en nuestros días, publicándose.

La *Revista* comienza por el principio: con un artículo de De Diego sobre las fuentes según el sistema del Código (54). Prescindiendo ahora del contenido, sin duda interesante, nos revela con claridad que, de espaldas a la Facultad de Derecho, a su Museo-Laboratorio y a su órgano de publicación, va a surgir otro proyecto de trabajar, escribir y enseñar el Derecho Civil. Un proyecto legalista, reductor de derecho a ley y de ley a código, que si bien podía, por qué no, criticar aquí y allá los artículos del Código civil, sólo aceptaba la discusión a partir de la declaración de fe sobre su vigencia.

Son cosas algo opacas, porque no se enuncian con claridad mediante escritos programáticos: otra vez habría que observar que en España hay tanta *Verwaltung* como poca *Wissenschaft*. Y eso que las propuestas metodológicas, a veces excelentes, no faltaban, como las palabras mayores del jurista historiador Rafael Altamira, «El método positivo en el Derecho civil», o las menores, aunque estupendas por su sabor de época, del internacionalista Manuel Torres Campos, «La Antropología y el Derecho civil», aparecidas en la *Revista*, tan jugosa como fugaz, *La Nueva Ciencia Jurídica* (1892). En este limitado sentido, lo más «teórico» que he podido arañar en las páginas de De Diego está oculto en el prólogo a un libro de casos prácticos, pero se trata de un párrafo importante que da respuesta —más bien aborta una eventual discusión— a las posibilidades que abría el artículo metodológico de Altamira: «El jurista no ve en el precepto como el historiador un anillo de la evolución o un simple producto de la cultura ... sino una regla que hay que aplicar dentro de un sistema general de conceptos y de principios que se han de incorporar a nuestros actos» (55).

(53) Estamos, muy posiblemente (existe también un Alvaro Navarro de Palencia), ante el traductor de la *Méthode* de François Géný, publicada anónimamente en Madrid, Reus, 1902-1903 y ²1925. En un panorama académico dominado por la *Verwaltung*, como sabemos, estas cosas de *Wissenschaft* a veces sólo son conocidas por los papeles administrativos: un Géný traducido por «Navarro de Palencia» se utiliza en el trabajo de firma de Felipe Sánchez-Román para la cátedra de Civil de Madrid, Archivo General de la Administración, Sección de Educación y Ciencia, leg. 5364-6. En general, este personaje, experto hipotecarista, era conocido como difusor en España de Gierke y Saleilles: cfr. «Don José María Navarro de Palencia», en *Revista de Derecho Privado* (RDP), 18 (1931), pp. 209-210.

(54) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, «El artículo 6.º del Código civil español», en RDP 1 (1913), pp. 1-15.

(55) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO — EMILIO MIÑANA Y VILLAGRASA, *Casos de Derecho civil español para uso de los estudiantes*, Madrid, Reus, 1923, en particular esas «Dos palabras al que leyere», pp. 3-17, que parecen de la entera responsabilidad del primero.

Se deja caer así, en obra didáctica que es *doxa* para estudiantes, una tajante distinción entre la cultura que incorpora la norma y la explica y la regla «que hay que aplicar», «que se ha de incorporar a nuestros actos». A los efectos de la enseñanza civilística sólo lo segundo tiene que interesar. Para el maestro de civilistas, mentor constante de José Castán, la ciencia del Derecho Civil ha de limitarse a ser, con más o menos adornos, una simple receta preceptiva.

6. RESTOS DE SUPERFICIE: UN CÓDIGO MUY TIERNO ENTRE CE- NIZAS HUMEANTES

«El Profesor De Diego, con certera visión, contempló y abordó el Derecho Civil, en cuanto conjunto de normas, como manifestación de una noción unitaria del Derecho, como parte integrante del total del ordenamiento jurídico, en el que, además, este Derecho, dada su referencia a las relaciones más comunes, ordinarias e íntimas de la vida, ocupa un plano esencial y dominante» (56). El triunfo postbélico de este proyecto no debe hacernos olvidar que aún en los años '20 ninguna de las afirmaciones anteriores resultaba pacífica. Civil era asignatura de dos cursos, ausente del Doctorado. De su estatuto y estima sin duda algo revelan las disposiciones que fueron declarando prácticas, con toda su relevancia de horario y gastos de matrícula, determinadas materias: desde el principio, la Historia y el Penal, en Licenciatura y Doctorado (R.O. de 31 de agosto de 1911); Mercantil y Administrativo seis años después (R.O. de 18 de julio de 1917); luego vino Economía (R.O. de 4 de septiembre de 1920) y sólo en 1923 se extendió el régimen de materia práctica a la asignatura de Procedimientos (R.O. de 1 de octubre de 1923). Para rabia de Castán, que por escrito protestaba, el Derecho Civil no disfrutaba por entonces de esa consideración.

Desde el observatorio que ofrecen las facultades de Derecho del primer cuarto de siglo, el arqueólogo ve claro que la *episteme* del jurista español no contaba por entonces con el Código civil, texto tan desfasado, tan carente de método y técnica, tan foráneo en su predilección por el viejo modelo francés, que sólo se leía por su disposición adicional tercera (57). De siempre podían escucharse voces en pro del

(56) ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL, «Don Felipe, civilista», en RDP 29 (1945), pp. 611-615, p. 613.

(57) «En vista de estos datos (sc. informes de los más altos tribunales sobre la aplicación del Código), de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir». Circuló con gran sigilo un texto parcial, que debía mucho al viejo SÁNCHEZ ROMÁN: «Un anteproyecto de Código civil español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), 1 (1925), pp. 103-113, 279-284, 372-376, 446-450, 518-523, 624-626 y 799-804; *ibid.* 2 (1926), pp. 145-150 y 603-612.

Derecho Civil en los estudios jurídicos, mas eran manifestaciones ocasionales que no crearon opinión ni cuestionaban un Derecho Civil por lo general entendido como información comparada, crónica de costumbres, vocación de historia (58). Instalado en la cátedra de Comas Felipe Clemente De Diego (1906), en marcha el seminario civilístico del Centro de Estudios Históricos (1910), fundada la *Revista de Derecho Privado* (1913), activo como batidor el joven Castán, va abriéndose camino un «Derecho civil» progresivamente legalista y cercano al Código, que reclama una presencia universitaria cuantitativamente mayor y cualitativamente diferente. En los momentos agitados de la reforma Silió para la autonomía de las universidades la propuesta fue aireada desde las páginas de la *Revista* de De Diego por José Castán (59), para cuajar algo después, en los momentos peores de la Dictadura de Primo de Rivera. El Plan de 1928 permitió, en efecto, organizar unos cursos de alta especialización e introdujo como obligatorio un primer año institucional, llamado «de conjunto», que ampliaba el Civil a tres años de carrera. La novedad se mantuvo con el Plan provisional republicano de 1931, que además convirtió en verdadero curso introductorio, en el sentido de curso de Parte General, el Civil «de conjunto» introducido hacía tres años por el Ministro Callejo. Poco antes, el Civil había llegado por fin al Doctorado: una Real Orden de 25 de agosto de 1930 erigía, junto a una cátedra de «Estudios Superiores de Ciencia Política y Derecho Político» que era fruto de la transformación de «Historia de la Literatura Jurídica», otra enteramente nueva de «Estudios Superiores de Derecho Privado». Se había de organizar oposición, pero de momento era asumida por un ilustre hipotecarista, auxiliar en la Facultad, el asturiano Jerónimo González Martínez. Su acceso en 1931 a presidencia de Sala en el Supremo dejó aquella cátedra en manos de Sánchez-Román.

La provisionalidad se mantuvo a lo largo de la etapa republicana por el fracaso del ambicioso proyecto del ministro Fernando de los Ríos, tan situado en la línea cultural de la *Revista* del Laboratorio de Ureña. Con la división de los estudios jurídico-económico-sociales en especialidades y presencia fuerte del Civil tan sólo en la de Derecho Privado, este frustrado plan sólo conoció realidad en la Universidad de Barcelona, que se organiza por entonces en régimen autónomo y puede así reformar sus estudios: aquí

(58) Así FERMÍN CANELLA SECADES, *Historia de la enseñanza del Derecho civil español, su estado actual y necesidad de reforma*, Oviedo, Impta. Eduardo Uría, 1877, que es discurso inaugural; *cfr.* sobre el autor, con el afecto de un antiguo compañero, RAFAEL ALTAMIRA, «D. Fermín Canella» (1924), en *Hombres de España*, Madrid, Compañía Ibero-Americana (= *Obras Completas*, IX. *Serie histórica: Temas de historia de España*, II), 1929, pp. 141-147. Para una generación posterior y alcance muy diverso, por ejemplo F. Z., «La enseñanza del Derecho», en *Revista Jurídica* (Madrid), 4 (1906), pp. 405-406.

(59) JOSÉ CASTÁN, «De pedagogía jurídica, bases para una reorganización del cuadro de estudios de las Facultades de Derecho», en RDP 6 (1919), pp. 139-197.

enseñaban «Civil» por esos años Blas Pérez González y José Alguer y Micó, que ponen en marcha un Seminario civilístico el mismo año de la guerra, pero también se atendía, gracias por ejemplo a un conocido nuestro, Ramón Coll y Rodés, al Derecho privado catalán (60). Son cosas que documenta una interesante publicación universitaria, la fugaz *Revista Jurídica* (1932-1934) que dirige el procesalista Josep Xirau.

Extinguida, como tantas otras cosas y personas, esta experiencia, la provisionalidad que inauguró la República sólo terminará con los desfiles de la Victoria. Un Derecho positivo que es técnica descarnada de leyes en vigor se apodera del Plan en 1944, cuando el legislador añade en los cursos de Civil el cuarto año. Y no sólo es cuestión de horas: su disposición a lo largo de la Carrera convierte por primera vez al «Derecho Civil» en el eje de los estudios jurídicos. Así estamos hasta hoy.

Preñada de tantas consecuencias, el arqueólogo se permite una descripción pormenorizada de la pieza. Decreto de 7 de julio de 1944, Ordenación de la Facultad de Derecho. «España es el pueblo moderno que más ha debido a sus juristas. Junto a los conquistadores y al lado de los Tercios, abriendo caminos, consolidando victorias, afirmando la unidad y la firmeza interna, van los misioneros y los hombres de leyes». En el nuevo Plan «la preparación profesional se cuida de modo especial: se imponen los ejercicios prácticos, se amplían las disciplinas de Derecho Civil, Mercantil, Procesal, Político y Administrativo, y se crea la de Derecho del Trabajo», por ese orden y ningún otro.

Observemos las expresiones. Unos ideales de unidad y firmeza interna, que dice la exposición de motivos, más presentes sin duda para la España de 1944 que para las Españas de los siglos XVI y XVII, explican una farragosa literatura que aflora también desde las páginas de cualquier revista, pero ante todo son ideales que otorgan sentido a las opciones de política legislativa que inquietan a los juristas del momento. Sin más Constitución que discutir, el Código civil se convierte de nuevo en problema principal, agitado como está por las experiencias

(60) Cfr. Universidad de Barcelona, *Anuario 1934-35*, Barcelona, Tip. Occitania, 1934, con noticia de las normas orgánicas (D. de 1 de junio de 1933, O. de 7 de septiembre), personalidades y planes. También, JOSEP R. XIRAU, «La Universitat Autònoma de Barcelona», en JOAN COROMINAS (et. al.), *8 conferències sobre Catalunya*, Barcelona, Ed. Proa, 1971, 37-65, con todo su valor como testimonio de un decano y víctima de la época. Para el proyecto de Fernando de los Ríos, que Xirau no reconoce ni el *Anuario* menciona, perdiéndose así este importante extremo en la historiografía (cfr. ALBERT RIBAS, *La Universitat Autònoma de Barcelona, 1933-1939*, Barcelona, Ed. 62, 1976), sirve ANTONIO MOLERO PINTADO, *La reforma educativa de la Segunda República Española. Primer bienio*, Madrid, Santillana, 1977, pp. 370 y ss., pp. 452 y ss., con las bases del plan de Derecho.

técnicas de las naciones hermanas (61) y cuestionado ahora por la poco firme y menos aún unitaria fórmula de su art. 12, que ha impedido el cierre territorial del Derecho privado (62). Se anuncian y convocan grandes acontecimientos sociales con importante participación, junto a civilistas de todo tipo que se apresuran a hacer las maletas camino de Zaragoza, también de algunos historiadores (63), pero aquí nos interesa destacar que por fin el discurso del jurista sobre el Código parte del Código mismo, se articula desde las premisas de su vigencia, se fundamenta en la clausura de cualquier otra posibilidad. Y también por fin acaba por triunfar aquella vieja querencia que centraba en un «Derecho Civil» la cultura misma de los juristas (64).

Con el Plan de 1944 el arqueólogo toca finalmente un estrato cuyos restos revelan ya un Derecho Civil que es Derecho del Código Civil. Como signo de los tiempos, unos privatistas en trances de depuración reniegan de un Felipe, de Sánchez-Román Gallifa, separado del servicio en 1939 y exiliado en México, y corren al amparo de otro, de Felipe De Diego, así en definitiva Clemente (65). Muere entonces De Diego, lo que acusa con sentimiento su *Revista*, pero su hueco en la presidencia del Tribunal Supremo lo rellenará Castán: se inauguran unos años en que no será infrecuente que la jurisprudencia de casación, esto es, esa «doctrina legal» españolísima cuyo quebrantamiento es motivo de recurso, incorpore *verbatim* el manual de Castán, texto de opositores.

(61) NICOLÁS PÉREZ SERRANO, «El nuevo Código civil italiano», en RCDI 13 (1940), pp. 161-168, con toda su admiración por «este primer Código fascista»; del mismo, «Reglas fundamentales del futuro Código Popular Alemán», *ibid.* 16 (1943), pp. 145-164.

(62) *Cfr.* por ejemplo JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI, «Unificación del Derecho nacional», en RCDI 13 (1940), pp. 433-466 y 574-589; *ibid.* 14 (1941), pp. 79-90, 211-217, 449-460 y 523-528. También, ENRIQUE DEL VALLE FUENTES, «En pro de la unificación del Derecho civil español», en *ibid.* 16 (1943), pp. 671-680.

(63) *Cfr.* «Actualidad jurídica. Congreso Nacional de Juristas en Zaragoza», en RDP 29 (1945), pp. 60-62. También, sucedido el evento, S.P.H., «El Congreso Nacional de Derecho Civil», en RGLJ 91 (1946), pp. 588-603.

(64) El Plan de 1944 tenía una estructura complicada de cinco años divididos en cuatrimestres. No quedan restos del preparatorio de Letras, que venía arrastrándose desde el siglo XIX. La posición del «Derecho Civil» se extiende de segundo curso hasta quinto, en todos los semestres: «Derecho civil (Introducción al Derecho civil y Derecho de las Personas)» (ii/3 y 4, tres horas semanales), «Derecho civil (Derechos reales y Derecho hipotecario)» (iii/5, cuatro horas), «Derecho civil (Derechos reales y Derecho matrimonial)» (iii/6, cinco horas), «Derecho civil (Obligaciones y contratos)» (iv/7 y 8, cuatro horas), «Derecho civil (Familia y sucesiones)» (v/9 y 10, cuatro horas). Las horas de docencia semanal no son muchas más que las previstas para el «Civil» en el plan provisional republicano, pero su presencia a lo largo de la carrera convierte a esta asignatura, tradicionalmente la única con cátedra desdoblada, en verdadero eje de los estudios de Derecho. Y el siguiente Plan de 1953, todavía en vigor, consagra esta situación. Allí donde se ha cambiado, tampoco varían hoy mucho las cosas.

(65) LUIS JOAQUÍN GARRIGUES, *Imágenes de una vida; Joaquín Serrano Garrigues*, Madrid 1994, declaración en consejo de guerra (1938) en pp. 181-182, ficha política (1937) en pp. 425-426.

Por si hacía alguna falta, por si no estaba del todo clara la orientación de la época, las páginas de la *Revista* explícitamente declaran aún batalla: la década de la postguerra conocerá todavía un *iust(issi)mum bellum* «en defensa del Código civil» (66). Se trata ahora de desairar una ley criticadísima y reconocerle el derecho, que es, se nos dice, un derecho natural, a «la defensa a que tiene derecho cualquier hombre, cualquier ser, casi todas las obras legislativas».

En unos momentos históricos en que prima la aceptación indiscriminada de cualquier producto normativo que dicta el legislador, puede apreciarse por fin la injusticia de un olvido y corresponde entonces entonar el *mea culpa*. En la cátedra y en los estrados los juristas españoles, «antes que explicar y justificar la obra del legislador, hemos tratado de impugnarla; antes que afrontar el Código, le hemos afrentado»; son cosas, desde luego, que merecen expiación. Y todavía: «Han transcurrido muchos años y —salvo la labor de algunos expositores— la ciencia jurídica en su conjunto no se ha situado todavía de plano, de lleno, ante el Código civil. No hemos creado un sistema propio. No hemos profundizado suficientemente en la construcción de las instituciones. No hemos desarrollado el material legislativo ni captado todas las consecuencias. Llegamos al Código ... después de haber deambulado por otros códigos y otros sistemas y presentamos el nuestro a modo de problemática: como ejemplo más bien que como sistema». Si el Código suscitó el rechazo de los viejos positivistas experimentales, si pudo echársele en cara la ausencia de una parte general o su desconocimiento del negocio jurídico, todo eso fue motivado por la irrupción en España de modas extranjeras que, hoy por hoy, con las ideas más claras sobre el alcance verdadero del Derecho positivo, afortunadamente ya no se mantienen: «Hay que buscar líneas permanentes. Porque no se pronuncian palabras; se postulan mandamientos. Si el Código civil hubiese sido más infiel, más concreto y acabado exponente de la época en que vio la luz, hubiera nacido más joven, más del color de las circunstancias. Pero estoy seguro de que hoy, al cabo de sesenta años, le encontraríamos todavía más viejo».

Le sería demasiado fácil al arqueólogo pegar atrevidamente estos fragmentos y advertir que la filosofía jurídica del modelo, sólo posible en Francia como texto en tiempos de una dictadura militar (67), incorporada al Código de España en los momentos tan diversos de la Restauración canovista, cobrará todo su sentido al enquistarse aquí otra dictadura de generales y tropas, pero impone respeto saber que la ocurrencia de las vidas y las obras paralelas, con Napoleón de por medio, tuvo un progenitor ilustrísimo, al que no conviene irritar (68).

(66) ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL, «En defensa del Código civil», en RDP 32 (1948), pp. 776-783.

(67) JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, París, PUF, 1992.

(68) KARL MARX, *El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte* (1869), trad., O. P. Saffont, Madrid, Sarpe, 1985.

Además, el arqueólogo ha venido tan sólo para exhumar restos materiales y tiene que supeditar a los restos sus interpretaciones. Son los restos, tan abundantes en los estratos más recientes del yacimiento, de los casi dos mil artículos del Código civil. Ahora bien, la operación de dejar las cosas en su sitio, esto es, el dar al Código lo que se debe al César, cae más allá de la arqueología para resultar una complicada cuestión de parentescos y afectos que nos obliga a pedir finalmente la ayuda de los antropólogos.

En efecto. A despacho de su riguroso régimen sobre la prole extramatrimonial, un Código reputado ilegítimo según el juicio mayoritario de la doctrina española se ve ahora legitimado, en virtud de un *rescriptum* que se diría dictado por el príncipe ante méritos varios contraídos durante la guerra. Y es que, sin las veleidades de un nuevo derecho familiar que conoce el divorcio, respeta la prole y se funda en la igualdad sexual (Constitución de 1931, art. 43), sin los imperativos de una Constitución que proclama república de trabajadores (art. 1), función social de la propiedad (art. 44) y protección al trabajo (art. 46) (69), el Código civil contiene además un precioso título preliminar que sirve para constituir un ordenamiento donde se encuentra por fin a sus anchas el absolutismo jurídico y el político.

Y el civilista amará sinceramente a este Código reprimado desde la cátedra y enseñará a sus estudiantes, en cuatro largos cursos de educación sentimental, a «prestarle ahora el calor de la comprensión que tanto se le ha negado» (Hernández Gil). Con el Código en el regazo de todos, hasta nuestros días, las secuelas de Plan que tiene la vigente Ley para la Reforma Universitaria —curiosamente más próxima a José Luis Villar Palasí que a Fernando de los Ríos— no comprometen demasiado la presencia académica del buen «Derecho Civil».

Lejos del arqueólogo la intención de demostrar que esta materia puede acabar hoy, al igual que cabía hasta ayer mismo, en dos añitos lectivos, pero tampoco se puede pasar por alto la ubicuidad que tenía en la España de la Postguerra, esto es, cuando se raciona definitiva y generosamente la asignatura civilística, un preciso adjetivo. Civil una Guerra, civil un Código, civil en fin un Derecho desplegado académicamente hasta vertebrar toda la Licenciatura ... En la superficie de nuestro yacimiento unos trozos quemados aparecen a flor de tierra. Su recogida es tan fácil que no reclama concurso de arqueólogo, aunque el especialista no sobrará, si queremos perfilar interpretaciones y descubrir conexiones discretísimas. Sobre los restos de bibliotecas arruinadas, cuerpos muertos y minas dispersas por toda la Ciudad Universitaria, no resulta desde luego sorprendente, en medio de tanto Civil, toparse

(69) Cfr. MANUEL BATLLE VÁZQUEZ, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado*, Madrid, Impta. Galo Sáez, 1933. De inmediato llamó la atención de Castán, quien reprochaba al autor ese «decidido espíritu innovador» que le inclinaba a estimar directamente aplicables, esto es, derogatorios del Código civil, los preceptos constitucionales: RDP 20 (1933), pp. 189-191.

con la presencia de un factor militar; pues en Derecho, y por desgracia hasta hoy, «contamos con el esfuerzo generoso de los ilustres miembros de nuestra Facultad, con la cooperación de los alumnos y singularmente del SEU, con la simpatía de los amantes del Derecho y con el apoyo de las autoridades académicas, dispuestas a ayudarnos en todo momento, del Gobierno Nacional y del invicto Caudillo de España que tanto se preocupa de la cultura y que no escasee medios para edificar la España Una, Grande y Libre que alborea» (70).

(70) Cfr. «Al lector», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1/1 (1940), nota de presentación.

Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
GABRIEL BUIGUES OLIVER

Profesores Titulares de Derecho Civil y Derecho Romano
Universitat de València

SUMARIO: 1.— Antecedentes remotos de la fianza. 2.— Origen de las garantías. 3.— Formas primitivas. 3.1.— El *praes*. 3.2.— El *vades*. 3.3.— El *nexum*. 4.— La *sponsio*. 5.— La *fidepromissio*. 6.— La *fideiussio*. 6.1.— Características de la fianza. 6.2.— Régimen de responsabilidad del garante. 6.3.— Acciones de los garantes. 6.4.— Extensión de las excepciones del deudor al garante. 6.5.— Forma. 6.6.— Relaciones entre deudor-garante: El *beneficium excussionis*. 7.— El *beneficium cedendarum actionum*. 7.1.— Cesión de las acciones al garante contra el deudor. 7.2.— Cesión de acciones al garante contra el resto de cogarantes. 7.3.— Relación del *beneficium cedendarum* con el *beneficium divisionis*. 8.— Pluralidad de fiadores. 9.— Regreso del garante. 9.1.— Orígenes. 9.2.— Fundamento. 9.3.— Ejercicio de la acción. 9.4.— *Actio mandati contraria*. 9.5.— Diferencia entre la *actio mandati* y la *actio negotiorum gestorum*. 9.6.— Relación entre el *beneficium cedendarum actionum* y la acción de regreso. 10.— Extinción de la obligación de garantía. 10.1.— *Litis contestatio*. 10.2.— Novación. 10.3.— Confusión. 10.4.— Compen-sación. 11.— Instituciones afines.

1.— ANTECEDENTES REMOTOS DE LA FIANZA

El concepto de garantía en el Derecho Romano no se corresponde con su significación técnico-jurídica actual. En las fuentes romanas no

se encuentra una elaboración dogmática del concepto, ni tampoco de su estructura y función (1).

Las discusiones contemporáneas sobre el concepto de garantía resultaban ajenas —al menos en la época clásica— a la Jurisprudencia romana, a quien competía la función de ir configurando los principios jurídicos para dar respuesta a las necesidades del momento (2).

Como señala Biondi (3), los tratados y monografías de Derecho Romano otorgan la calificación de garantía a las más variadas instituciones, siempre que asegurasen el cumplimiento de una obligación contraída por otro. Su definición y conceptualización quedó al arbitrio de los juristas, que elaboraron un sistema cuya idea común incidió en la constitución de un medio cuya finalidad fuera asegurar al acreedor el cumplimiento de la obligación

D. 44,7,1,8. (Gai. 2 *aureorum <res cott>*): «*Sed aut proprio nomine quisque obligatur aut alieno: qui autem alieno nomine obligatur, fideiussor vocatur. Et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeat*». (Trad. Puede uno obligarse en nombre propio o ajeno; el que se obliga en nombre ajeno se llama fiador. Generalmente, exigimos del que se obliga en nombre propio otros que se obliguen por la misma obligación, pues procuramos que el objeto de la obligación nos quede mejor asegurado) (4).

(1) DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», V. I. Roma, 1940, p. 1. Ni en Cicerón se encuentra referencia de los garantes de Derecho privado, sobre todo si las garantías se encontraban vinculadas a relaciones de carácter jurídico-público. «Es handelt sich doch hier um öffentlich-rechtliche Verhältnisse, bei denen von einer zivilen Bürgschaft gar nicht die Rede sein kann». ERNEST LEVY, «Sponsio, fidepromissio, fideiussio», Berlín, 1907, p. 14. Incluso la concepción dada por FESTO, (De *verborum significatione*, Hildesheim-New York 1975) de la *adpromissio* queda desvirtuada considerándola actualmente inaceptable porque la *sponsio*-garantía quedaba extinguida si se cumplía la obligación principal. «*Adpromissor est, qui, quod uno nomine promissit, idem pro altero quoque promittit*». GLÜCK, «Commentario alle Pandette». Trad. G. de Marinis. Libro II, Milán pp. 321 y ss. Para más datos acerca de las referencias en Cicerón a la garantía de las obligaciones, ver COSTA, *Cicerone Giureconsulto*, Roma 1964 (ristampa anastática de la edición de Bolonia 1927), pp. 145 y ss., especialmente 207 y ss.

(2) Cfr. KUNKEL «Historia del Derecho Romano», trad. de la 4.^a ed. alemana por Juan Miquel. Barcelona, 1982, pp. 35 y ss.

(3) BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obbligatio, delle garanzie personali*, en B.I.D.R., 65 (1962), pp. 105 y ss.

(4) Seguimos, como regla general, la traducción de D'ORS Y OTROS, *El Digesto de Justiniano*, Pamplona 1975.

Originariamente se prefirió entre las dos formas de garantía, la personal y la real, la primera, puesto que a diferencia de esta última, presentaba la ventaja de respaldar con todo el patrimonio garante la obligación del acreedor, por contra de lo que sucedía con la aceptación de una garantía real, cuya aquiescencia implicaba la afección de uno o varios bienes previamente determinados con carácter exclusivo al patrimonio del acreedor.

Esta tendencia —recogida en la doctrina actual— supuso entender la garantía como refuerzo a la posición del acreedor, respaldando el crédito primitivo mediante la adición de un nuevo patrimonio, intentando de esta manera aminorar el riesgo de insolvencia del deudor obligado (5).

El concepto de garantía se fue elaborando conjuntamente al de débito y responsabilidad.

Las instituciones de garantía más primitivas presuponían la asunción de responsabilidad en el cumplimiento de una obligación ajena, pero con la peculiaridad de que las mismas no se veían salvaguardadas con los correspondientes medios coercitivos para reclamar su exigibilidad.

La elaboración del concepto de *obligatio*, que caminó paralelamente al desarrollo de la distinción y posterior unificación entre *Schuld* y *Haftung*, permitió destacar que la garantía no constituía una obligación porque carecía de un *oportere* jurídicamente exigible. Esta circunstancia indujo a la conclusión de que no existía obligación del garante. A éste únicamente se le investía de responsabilidad, haciéndose efectiva desde el momento en que el deudor incumplía su deber de prestación (6).

Semejantes inconvenientes también se vieron reproducidos en el ámbito del Derecho Público. Sin embargo, y característico de ambos, es la idea de que el nacimiento de la *obligatio* perfila la garantía como un negocio o elemento jurídico de carácter accesorio de la obligación principal, puesto que para que tenga eficacia requiere el incumplimiento previo de la obligación principal (7).

(5) En este sentido AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo 1972, pp. 10 y 11.

(6) FRAGALI, «Voz Garanzia», en *Enciclopedia del Diritto*, p. 446.

(7) De estos dos conceptos: Débito y responsabilidad (*Schuld* und *Haftung*) se admitía originariamente su eficacia con carácter individualizado. Pasaron diversas etapas hasta que la doctrina coincidió en atribuirles un carácter unitario, a partir del cual distinguir los casos específicos. Cfr. al respecto: ALBERTARIO, «Obbligazioni», T. I. Milán, 1936, pp. 66 y ss.; SOLAZZI, «L'estinzione delle obbligazioni», NAPOLI, 1935, pp. 13 y ss.; PACCHIONI, «Delle obbligazioni in generale». Padova, 1935, pp. 59 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, «Derecho de las obligaciones», Madrid, 1976, 2.ª reimp., pp. 67 a 88.

La garantía también estaba afecta a distinta calificación en atención a los medios o formalidades de que se valiera para ejecutar la obligación de un tercero o la satisfacción de un derecho. Según los medios coactivos previstos por el ordenamiento para proteger el derecho del acreedor podían distinguirse garantías genéricas o primarias de aquellas que procuraban una mayor seguridad y que constituían garantías específicas. Estos medios eran normalmente de carácter coactivo puesto que implicaban la ejecución de los bienes afectos del patrimonio del obligado o consistían en una sanción sobre la que recaía una condena de carácter pecuniario a fin de resarcir el daño (8).

También en toda época, la garantía cumplió una función económico-social contribuyendo a poner de relieve las consecuencias de su asunción, dependiente en la mayoría de ocasiones, de la autonomía de la voluntad de las partes.

El desarrollo de esta función justificó el cambio de las garantías de marcado carácter personalista, que las circunstancias históricas y consecuentemente sociales contribuyeron a desprestigiar paulatinamente, por las de carácter real, con las que los acreedores encontraron el mejor modo de proteger sus derechos.

Análoga evolución presentó la génesis de la *obligatio* entre los antiguos derechos germanos. Contrariamente al Derecho Romano, la doctrina germánica puso especial interés en distinguir los conceptos de deuda y responsabilidad, como una característica de la relación obligatoria. Así, individualizaba los dos elementos fundamentales que constituían el deber de cumplir la prestación debida de la responsabilidad y garantía que vinculaba una persona a una cosa.

La semejanza llegó hasta el extremo de permitir encontrar instituciones que cumplían la misma finalidad, de similar estructura. Así la *wadiatio longobarda*, que requería de formas negociales solemnes, cumplía la misma función que la *stipulatio* (9), figura que posteriormente estudiaremos.

(8) BO, «Voz Garanzia», en *Nuevo Digesto Italiano*, *cit.*, p. 193, pone de manifiesto la disparidad de la doctrina sobre la materia, destacando la opinión de los autores que consideran la garantía parte integrante de la obligación, o mejor un «quid» que surge en el proceso teniendo eficacia ejecutiva en el procedimiento de ejecución. AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», *cit.*, pp. 12 y ss., diferencia la responsabilidad del deudor de la función de garantía que cumple cualquier obligado subsidiario, poniendo de relieve que la garantía servirá para intensificar la responsabilidad del obligado principal.

(9) En la *wadatio lombarda* la relación entre acreedor y deudor se integra con la presencia de un tercero, que cumple la función de ejecutor extrajudicial o de garantía. A este último sólo se le permitía comparecer en la segunda fase, admitiendo que el deudor pudiera obligarse directamente mediante el *wadium* y que asumiera la obligación de constituirse en garante propio (*fideiussorem posui me ipsum*) además de conferir al acreedor la licencia *pignerandi*, directamente. FRAGALI, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 447.

2.— ORIGEN DE LAS GARANTÍAS

Como ya se ha dicho en páginas anteriores, aunque no faltaron autores que presentaron las garantías de la obligación como una categoría general con idéntica finalidad todas ellas, en Derecho Romano se ha constatado que los juristas clásicos compaginaban la existencia y el empleo simultáneo de varias instituciones, constituyéndose la mayoría por el libre arbitrio de las partes, aunque también en casos limitados se permitía su constitución por imperativo legal. Desde la época más primitiva del Derecho Romano coexistieron diversos términos (10): *Cavere* se utilizó en el sentido de prometer (11) o proporcionar, aunque el término en sí mismo no implicaba compromiso de garantía. Indistintamente también se hablaba de *cautio cum satisdatione* o *idonea*. Solamente en la época moderna, *cautio* se empezó a denominar caución o fianza (12).

Tampoco *satisdatio* fue un término antiguo. El sustantivo por sí mismo no se vincula a ninguna figura jurídica. Servía únicamente para destacar que la garantía se constituía interviniendo varias personas (13).

A los términos *fideiussio* y *pignus* tampoco se les puede atribuir el carácter de primitivos. Similar cuestión planteaba la *intercessio* cuyo origen se vincula al senadoconsulto Veleyano del año 46 d.C., ya que se refiere tanto a *las fideiussiones* como a *las mutui dationes* (14).

D. 16,1,2,1. (Paul. 30 ed.): «*Postea factum est senatus consultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius senatus consulti verba haec sunt: 'Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri*

(10) BIONDI, «Sponsio e Stipulatio», en *B.I.D.R.*, 65 (1962), p. 106.

(11) Comprende tanto la promesa del deudor como la del garante. *Cfr.* *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*. T. 1, 641. Sobre las distintas significaciones del término *Cavere*, ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958.

(12) Según algunos autores, *cautio* se empleaba para designar una *satisdatio*. Fundamentando sus tesis en D. 35, 3, 3, 1 (Ulp. 79 ed.), dan a estos textos una interpretación distinta. DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», vol. I, Roma, 1940, p. 2; GLÜCK, «Commentario alle ...», *cit.* p. 323.

(13) Para el término «*satisdatio*» ver D. 2, 9, 1 (Gai., 5 ed. prov.); D. 46, 5, 7 (Ulp. 77 ed.). En relación con la *fideiussio*, C. 6,38,3. (a.531). En general, ver voz *satisdare* en HEUMANN-SECKEL, *cit.*

(14) El propio texto legislativo se manifiesta en el sentido aludido, aunque de manera expresa sólo se puede deducir que los romanos veían en el garante una persona que intervenía en lugar de otro. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, m, 835; DE MARTINO, «L'origine delle...», *cit.*, p. 2.

oportet de ea re ita censuere: quod ad fideiussiones (15) et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur ...» (Trad. Más tarde se hizo un senadoconsulto con el que se protegió ampliamente a todas las mujeres. Los términos del senadoconsulto son los siguientes: «Por cuanto los cónsules Marco Silano y Veleo Tutor manifestaron en su discurso sobre las obligaciones de las mujeres que se hacen deudoras en favor de otros y lo que se debe hacer en este asunto, “los senadores” decidieron de este modo: en lo referente a las fianzas y daciones en mutuo en favor de otros, por los que hubiesen salido garantes las mujeres, aunque parece que ya antes se había declarado como derecho que no se las pueda demandar por ello ni dar acción contra ellas...»).

Por último, la referencia al término *praestare* no suponía distinción entre obligación principal y garantía. Esta fue precisamente una de las razones que indujo a pensar que la responsabilidad constituía un elemento genérico en todas las obligaciones (16).

3.— FORMAS PRIMITIVAS

Anteriormente a la *sponsio*, que es la garantía personal de las obligaciones más antigua de la época clásica, se encuentran otras figuras que evolucionaron hasta convertirse en las tres formas de mayor relevancia en el Derecho Romano: La *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*.

Estas figuras primitivas fueron el *praedes*, el *vades* y el *vindex*.

La doctrina no ha llegado a establecer un criterio suficientemente exacto sobre el orden temporal de estas instituciones debido a que su estudio se fue desarrollando paralelamente al de la *obligatio* y a las controversias sobre la prioridad del delito o del contrato.

(15) LENEL (*Palingenesia Iuris Civilis II*, Graz 1960, Paulo n. 880), propone la sustitución de [*fideiussiones*] por «sponsiones et fidepromissiones».

(16) Para un exámen en profundidad de las fuentes ver MAYR, «*Praestare*», en *SZ.* 42, (1921), pp. 198 a 227. El término «*praestare*» según la mayoría de la doctrina deriva de *praes stare* cuya significación es «estar garante». Al respecto vide DE MARTINO, «L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio», en *S.D.H.I.* 1 (1940), p. 2; BONFANTE, «Istituzioni di Diritto Romano», Turín, 1946; ALBERTARIO, «Corso di Diritto Romano», *Le obbligazioni*, T. I. Milán, 1936, pp. 196 y ss.

Se puede afirmar que aparecieron en una época muy temprana, porque al igual que sucede en la actualidad, el acreedor en la mayoría de ocasiones no tenía confianza en la solvencia real de su deudor. De ahí deviene la necesidad de buscar a un tercero para que actúe como garante frente al acreedor del comprometido.

3.1.— El *praes*

En el período clásico coexistieron dos formas de garantía que desaparecieron posteriormente en la época de la República: el *praes* y el *vas*.

Aunque se tienen pocas noticias de ellas, se cree que una de las funciones comunes a ambas fue garantizar la comparecencia del demandado en los procesos civiles o del acusado en los criminales.

Son figuras que cumplen, por tanto, una función específica, no pudiendo en ocasiones sustraerlas del ámbito propio al que quedaban circunscritas en el proceso, principalmente la segunda, puesto que la función del *praes* no se limitaba al proceso (17).

Estas dos instituciones se aplicaban cuando una de las partes que suscribía el contrato era el Estado (18). Constituía práctica común que todo contrato en el que interviniese el Estado exigiera a los contrayentes que garantizaran la *obligatio*. Su utilización dependía de los contratistas de obras públicas y de los magistrados que en determinados Municipios podían exigir su constitución en la prosecución de algún proceso en el que se veía inmerso un particular.

Posteriormente estas dos garantías van delimitando su ámbito de aplicación. De este modo, las acciones que el Estado exigía a los ciudadanos que contrataban con él se denominaron *praedes*, cumpliendo la finalidad de garantizar la ejecución de sus compromisos.

Se cree que la constitución del *praes* suponía que únicamente podían quedar obligadas las personas intervinientes en la obligación, puesto que el negocio era de pura garantía, hasta tal extremo, que no se permitía al deudor quedar obligado si no se constituía *praes* de sí mismo (19).

(17) VARRÓN (Lingua Latina. 6,74), señala en relación la Praes: «Praes est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, si praes sit, ille respondit, praes». Ver Talamanca, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 324. También MOMMSEN, en S.Z. 23 (1902), pp. 439 y ss., sobre el significado del término *praes* en relación con *manceps* a partir de una definición de FESTO, (De *verborum significatione*, cit. p. 151).

(18) Utilizamos la expresión Estado con todas las precauciones que se deben tomar al aplicarlo al Imperio romano. Sobre este punto, ver D'ORS, «Sobre el no estatismo del Imperio romano», en *Ensayos de teoría política* (1965), p. 57.

(19) Al respecto GIRARD, «Manuel élémentaire de Droit Romain», 6.ª ed., Paris, 1918, p. 762.

El Pretor también podía exigir otros tipos de fianza, que en sentido genérico se podrían calificar de cauciones, cuya finalidad era garantizar ciertas obligaciones impuestas a los litigantes. Así nació la obligación de restituir la cosa y los frutos en la *reivindicatio* (*praedes litis et vindiciarum*) compareciendo ante la Justicia (20).

Al igual que el *nexum* confería un derecho sobre la persona y sus bienes que liberaba al deudor anterior, que los configuraba más como deudores correales que como fiadores de la deuda (21). El derecho sobre la persona se suprimió en una época temprana, pero a título subsidiario se pudo seguir exigiendo la afectación de determinados bienes para garantizar el crédito (22). La asunción de este comportamiento garante originó la creación de la *praediorum subsignatio*.

La *praedes datio* subsistió en la época clásica, aplicándose incluso a los créditos que provenían de los Municipios formados por ciudadanos romanos (23).

En la República siguió utilizándose sin atribuirle un carácter exclusivamente procesal, a diferencia del *vades*. Sin embargo, en la época de mayor auge destaca por su carácter procesal, especialmente respecto a la *Legis actio per sacramentum*, *praedes sacramenti*, y por su carácter más restringido que las acciones *in rem* de los *praedes litis et vindiciarum* (24).

En la época de las *legis actiones* se observa una bipolaridad en la forma de manifestación del instituto.

Las *praedes litum* y la *vindicarium*, aplicables a las relaciones entre particulares (25), pretenden justificar la existencia de una obligación distinta del débito mientras que a la *res publica* se aplica el *praedes sacramenti*.

(20) DE MARTINO, «L'origine delle garanzie personali ...», *cit.* en *S.D.H.L.*, 1 (1940), pp. 1 y ss. Esta institución también se empleó para garantizar la obligación del adquirente en caso de evicción. A fin de evitar esta práctica, cuando se celebraba una venta pública se escribía en el cuaderno de cargo una cláusula en la que el vendedor declaraba expresamente que no le daría afianzamiento.

(21) Ver KASER, «Das römische Zivilprozessrecht», Munich, 1966, 4.^a ed., pp. 61 y ss.

(22) Una corriente doctrinal ha mantenido que el *praedes* podía intervenir en las relaciones entre particulares. *Cfr.* LENEL, «Das Nexum» *SZ.* 33, (1902), pp. 84 a 101 en especial pp. 96 a 99; partiendo de su teoría sobre el *nexum*, considera el *vandimonium* el modo más antiguo de contratar. En sentido divergente *vid.* GIRARD, «Manuel élémentaire...», *cit.*, p. 763, n. 1.

(23) GIRARD, *cit.*, p. 762, n. 3.

(24) GIRARD, *ult. op. cit.*

(25) TALAMANCA, «voz Fideussione», *Nuova Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 324.

Una vez iniciado el proceso en el que el Pretor atribuía la posesión temporal del objeto controvertido a la parte que detentaba la posesión, no se le obligaba a que restituyera la cosa en caso de pérdida, correspondiendo contrariamente al *praedes* la obligación de indemnización, viendo los estudiosos de la materia en este supuesto una manifestación de responsabilidad sin débito. Como manifiesta De Martino (26), aún a pesar de la doctrina partidaria de distinguir en la obligación dos elementos: deuda y responsabilidad, esta dualidad se desconocía en Roma. No obstante, ello tampoco constituyó un serio impedimento para reconocer que en los orígenes más arcaicos se conocieran supuestos de responsabilidad desligados del débito. Esta situación se superó al sustituir la función de las *praedes* por una *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* que recaía directamente en la parte deudora.

Gai. 4,16. (*in fine*): «... *deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur; postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat...*» (Trad. Después se observaban los mismos trámites que para la acción personal. Seguidamente, el pretor decretaba la posesión interina en favor de uno de ellos, es decir, lo constituía en poseedor provisional en tanto se resolvía el pleito, y le ordenaba que diera garantes a su contrario que respondieran de las resultas del litigio y de la posesión interina, esto es, como garantía de la cosa y de sus frutos. Asimismo, el pretor exigía a ambas partes que le dieran otros garantes para asegurar la apuesta solemne, pues la que se perdía pasaba al erario público) (27).

Indicios fundados inducen a pensar que en el siglo I a.C. también se aplicaba a las relaciones entre particulares y fuera del proceso (28). Un único caso puede citarse, confirmado por el epistolario de Cicerón (29) en el que L. Tullio aparece obligado como *praes* de Flaminio Flamma en su relación con L. Munazio Planco (30).

(26) DE MARTINO, «L'origine delle garanzie personale e il concetto dell'obbligo», *cit.*, p. 133, n. 3.

(27) Ver también GAI. 4,91. y 94.

(28) TALAMANCA, *ult. op.cit.*, pp. 324-325.

(29) Cic. ad Att. 12,52,1.: «L. Tullium Montanum nosti; qui cum Cicerone profectus est. Ab eius sororis viro litteras accepi Montanum Planco debere, quod praes pro Flaminio sit, HS XX "milia"; de ea re nescio quid te a montano rogatum. Sane velim, sive Plancus est rogandus, sive qua re potes illum iuvare, iuves. Pertinet ad nostrum officium. Si res tibi forte notior est quam mihi, aut si Plancum rogandum putas, scribas ad me velim, ut, quid rei sit et quid rogandum sciam».

(30) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, pp. 324 y 325 que señala los casos de la *praedes sacramenti* o de los *praedes litis et vindiciarum* entre particulares. En las que el *praes* figuraba como responsable por la prestación que gravaba al deudor principal. No obstante, en opinión de Talamanca, una posible diferencia podía radicar en que los negocios en los que intervenía aquél, únicamente se obligaba al cumplimiento de la obligación.

Esta figura comienza a quedar postergada en la época del Principado. De su vigencia se conoce que su duración fue mayor que la del *vades*.

El comienzo del Imperio marca el momento en que el *praes* comienza a ser reemplazado por un fiador, pasando a constituir con el tiempo una práctica habitual.

En la etapa Justiniana la *praedis datio* no se utilizaba quedando reducida a un compromiso muy restringido en la etapa ulterior consistente en garantizar exclusivamente las relaciones obligatorias en el ámbito privado de los ciudadanos (31). La fórmula que se utilizaba era la de *praes/es?*, *praes sum*.

Por otra parte, su estructura formal excluía que el *praes* asumiese la garantía del acto realizado por un tercero y confirma la opinión dominante de que el *praes* respondía de la falta de realización del acto con su persona, erigiéndose en el único responsable (32); hasta tal extremo, que el deudor no podía obligarse si no se constituía *praes* de sí mismo a fin de sujetarse al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de que se produjera un proceso preventivo de confirmación y de ejecución propio de la *praediatura* (33).

Desapareció sin dejar vestigios, de forma tal que, en opinión de prestigiosos juristas, si se encontrara en algún texto clásico de Derecho Romano, se debería a una interpolación de los compiladores que sustituyeron la palabra *praes* por la de *fideiussor* (34).

3.2.— El *vades*

Del *vades* se tienen menos noticias que del *praes*. Se piensa que es la forma más antigua de aplicación única al proceso para garantizar la presencia del demandado o del acusado en los procesos civil o penal respectivamente.

En sus orígenes los obligados garantes eran verdaderos rehenes en manos del actor. Posteriormente se obligaban a prestar una cantidad pecuniaria si el demandado no comparecía.

Esta institución supone, al igual que sucedía con el estudio del *praes*, cuestionarse si la posición del *vades* implicaba asunción de responsabilidad. No se puede responder a esta cuestión puesto que no puede precisarse si el *vades* era el único deudor o si subsistía simultáneamente con el deudor principal (35).

(31) La doctrina no tiene establecida una terminología común, discrepando en las acepciones con frecuencia. Vid. KASER, «Das römische Privatrecht», Munich, 1955 T. I., p. 152, n. 20, cuando indica: «Käufer und Pächter vom Staat oder der Gemeinde».

(32) KASER, «Das römische Zivilprozessrecht», *cit.*, pp. 61 y ss.

(33) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 324, n. 12

(34) DE MARTINO, «L'origine delle garanzie...», *cit.*, p. 138.

(35) CUQ, *Institutions juridiques des romains*, Paris 1928, p. 615.

El demandado, parte en el litigio, no tenía obligación de comparecer en el proceso si lo hacía el *vades*.

Aunque las fuentes son inciertas, el único indicio que se encuentra en el proceso privado es el que procede de la estructura de la *cautio vadimonium sisti* de la época clásica en el proceso formulario, que tenía, bien fuera por la promesa del deudor principal o por la de los *sponsores*, la estructura de una *stipulatio poenae* (36), reforzada eventualmente por la *satisfatio* del demandado (37) y que en el proceso civil de las *legis actiones* la prestación de los *vades*, como el *vadimonium* en el proceso formulario, servía para evitar la *in ius vocatio* o para garantizar la comparecencia del demandado en caso de aplazamiento del proceso *in iure* (38) que posteriormente quedó fijada en una *poena* para casos de incomparecencia (39). Posteriormente adoptó la forma de estipulación aunque anteriormente revistió otras formas desaparecidas con la promulgación de la Ley *Aebutia* (40).

Hubo un texto de singular importancia que demuestra la existencia de una antigua *praxis* contractual en virtud de la cual el vendedor debía constituirse en *vades* para garantizar el negocio que se estipulaba.

Varr. 6,74.: «*Vas apellatur qui pro altero vadimonium promittebat, consuetudo erat cum reus parum esset idoneus inceptus rebus, ut pro se alium daret; a quo caveri portea lege coeptum est, ab his, qui praedia venderent, vadem ne darent, ab eo ascribi coeptum in lege mancipium "vadem ne poscerent nec debitur"*».

(36) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 323, n. 8 donde cuestiona si el *vades* está facultado para ejercitar una acción de regreso contra el obligado principal.

(37) DE MARTINO, «L'origine...», *S.D.H.L.*, cit., 1940, p. 142. Todavía en algunos núcleos sociales y posteriormente con la aparición del Estado, se toma especial interés en evitar la insolvencia determinante de la falta de comparecencia. De ahí, que en la intervención de personas que forman parte del mismo núcleo familiar o gentilicio al que pertenece el demandado, extraños en su individualidad al proceso asumiesen la responsabilidad de presentar al demandado en el juicio.

(38) No se sabe con certeza la estructuración de esta figura, ni tampoco el contenido exacto de la obligación a la que se comprometían. Al respecto ver TALAMANCA, *Enciclopedia...*, cit., p. 323.

(39) Cfr. LENEL, «Das nexum», en SZ 23, (1902), pp. 96 a 99 que considera el *vadimonium* la forma más antigua de contrato. GIRARD manifiesta abiertamente su opinión en contra, *op. cit.*, p. 763, n. 1, no considerando suficientemente probados los textos sobre los que se apoyan las manifestaciones de Lenel. Sobre el *vadimonium* consultar GIMÉNEZ-CANDELA, «A propósito del *vadimonium* en las Tabulae Pompeianae de Murécine», en *Studi Sanfilippo* I; Notas en tomo al «*vadimonium*» en S.D.H.I., 1982 y «La contribution des tablettes pompéiennes au Droit Romain», *Comunicación al VIII Congreso Internacional de Epigrafía griega y latina*, Atenas, 1982.

(40) Una estructura semejante asume la garantía mediante *vades* en lo que, según Livio, constituyó el primer caso de aplicación del instituto al proceso criminal. Al respecto TALAMANCA, *Enciclopedia...*, cit., p. 323.

La función que correspondía a este *vades* no era la correlativa a la función de un *vadimonium* real, compuesto por la dación de un cosa ya fuera porque se hubiera gravado excesivamente al vendedor, ya fuera porque aquella dación debería haber tenido idéntica forma que la empleada en la *mancipatio*. De haber optado por la respuesta positiva se habría pasado de un *mancipium* a otro.

Excluido el *vadimonium* real, hay que rechazar que se tratara de una figura que constituyera rehenes, pensando que estos *vades* cometían análoga función a la procesal en la que el *mancipio accipiens* se obligaba a renunciar a la *satisdatio secundum Mancipium* a causa de la imposibilidad del vendedor de llevar algún *sponsor*. En este caso, el comprador se conformaba con que se le presentara u ofreciera un *vas* obligado solamente a presentar al vendedor en el juicio, si llegara a entablarse un proceso de evicción.

Este *vas* quedaba liberado cuando la obligación hubiera sido cumplida o cuando el vendedor encontraba un *sponsor* que se obligara en solitario al cumplimiento de la prestación. No obstante, pese a estas matizaciones esta figura debe encuadrarse dentro de la categoría común de los *vades*.

Finalmente hay que resaltar que todos los autores han puesto de manifiesto que, el ámbito de aplicación originario de la *vadiatura* es controvertido, tanto por parte de los autores que ven en ella el origen mismo de la obligación contractual (41), como los que sostienen que los *vades* fueron únicamente garantes procesales (42). A favor de estos últimos, sin embargo, abogan las fuentes históricas (43).

3.3.— El *nexum*

Queda finalmente en el ámbito del Derecho privado la figura del *nexum* (44), que unánimemente se consideró la garantía más efectiva entre todas las existentes.

(41) KASER, «Das römische Zivilprozessrecht», *cit.*, pp. 57 y ss. y 167 y ss.

(42) LENEL, *op. cit.*, p. 98.

(43) DE MARTINO, «L'origine delle garanzie...», *cit.*, p. 144; opinión que no encuentra incompatible con el dato en Varr., 6, 74. En todo caso el *vades* desde los tiempos de Aulo Gelio adquirió la consideración de recuero de anticuario, 16, 10, 8: «... *Vades et subvades omnisque illa duodecim tabularum antiquitas... lege Aebutia lata conscripta est*».

(44) Sobre el *nexum* *cfr.*: ULRICH VON LÜBTOW, «Zum Nexumproblem», en *SZ.*, 67, (1950), pp. 112 a 161 y bibliografía que cita; HUSCKE, «Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht», 9.^a ed., Leipzig, 1846-1980 y bibliografía que contiene; SCHLOSSMANN, «Altromisches Schuldrecht -Nexum-Praescriptiones», 2.^a parte especialmente. Leipzig, 1904 y bibliografía.

Consistía en un método drástico para introducir a la persona que asumía el compromiso, que bien podía ser el *nexum* u otra persona, a que cumpliera la obligación, puesto que unánimemente si ésta se efectuaba, se podía lograr la liberación del fiador (45). Sus efectos tenían repercusión entre las partes sin necesidad de proceso, actuando mediante la *nexi liberatio*.

Como ya ha sido señalado, el de garantía o reconocimiento, aún en la época clásica, de la idea unitaria de *obligatio* (46), dio lugar al nacimiento de obligaciones singulares o típicas que se adaptaban a supuestos de hechos específicos. La noción de *nexum* no puede configurarse como un mero aspecto de la obligación de la figura que garantizaba, que queda perfilada vinculando un *oportere* garantizado mediante la *manus iniectio*. A pesar de la oscuridad que rodea la estructura de esta institución, se puede afirmar, que comporta la sujeción inmediata de una persona con el fin de que garantice el cumplimiento de una obligación.

El *nexum* presupone un sometimiento actual, mientras que la *obligatio* ocasiona, según circunstancias, una sujeción eventual producida como consecuencia del incumplimiento. Operando sobre la primitiva idea de la responsabilidad personal, el *nexum* determina la *nexi liberatio*, mientras que en la *obligatio* el incumplimiento presupone ejecución sobre la persona. Consecuencia de todo ello, es que no pueda extraerse vinculación alguna entre *nexum* y *obligatio*, máxime cuando mientras la primera desaparece sin dejar vestigios, la *obligatio* sustituye la función que cumplía aquel pero prescindiendo de su dureza.

4.— LA SPONSIO

Dejando como objeto de otro trabajo el estudio de otras instituciones que en algún momento suscitaron la polémica de si constitúan fuentes primitivas de la *obligatio* como el mútuo (47), se considera con carácter general que la *sponsio* fue un contrato típico reconocido al igual que otros por el *ius civile* (48).

(45) Sobre la vinculación del *nexum* al nacimiento de la *obligatio* vide BIONDI, *cit.*, pp. 108 y ss. Conviene también tener en cuenta que la correlación entre *obligatio* y *actio* es tal, que siguiendo el concepto de D'ORS, ahí donde falta la acción *in personam* falta también la *obligatio*. *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1981, p. 413.

(46) Según D'ORS el término *obligatio* se utiliza desde la primera etapa clásica para designar una relación debitoria, que pueda reclamarse mediante una acción en que se ignore un deber de contenido civil con el término técnico «oportere». D'ORS, *op. cit.*, p. 409. Sobre el concepto de *obligatio* ver BIONDI, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

(47) Sobre el mútuo ver STANOJEVIC, «La mutui datio du Droit Romain», en *Labeo*, 1969, pp. 311 a 326; D'ORS, «Credutum», en *A.H.D.E.*, 33 (1973), pp. 345 a 364. Recientemente, GÓMEZ ROYO, *El mútuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia, 1992.

(48) BIONDI, *op. cit.*, p. 110.

La forma más antigua es la *sponsio* (49) hecha con el deudor, en la cual, en lugar de prometer una cantidad determinada de dinero, el fiador promete el *idem* (50).

Originariamente la garantía personal tiene en el Derecho Romano mayor importancia que la garantía pignoratícia. Las simples promisiones no son los supuestos más frecuentes, sino al contrario, las relaciones que se aseguraban mediante fianza (*cautiones*) (51)

La estructura de la sociedad romana que distinguía entre protectores (*patroni* en sentido amplio) y protegidos (*liberti y clientes*) favorecía este tipo de intercesión de personas solventes a favor de los deudores, de suerte que la verdadera dependencia que establecían las obligaciones patrimoniales no se establecían entre el deudor y su acreedor, cuanto de aquel respecto a su fiador.

La acumulación de fianzas fue tan frecuente que incluso llegaron a plantearse casos en los que los fiadores se encontraban en situaciones comprometidas (52).

La época clásica en su período republicano conoce tres formas de afianzamiento que comenzaron reforzándose mediante la *verborum obligatio* (53).

(49) Su etimología es griega según afirmación de FESTO, *De verborum ... cit.*, s. v. *spondere*. TALAMANCA, «L'origine della "sponsio" e della "stipulatio"», *cit.*, p. 98.

(50) El *sponsor* promete el «*id quod Titius promittit*» por lo que su obligación será cierta o incierta según lo sea la del deudor. Por ello, se establece la diferenciación de que mientras el *fideiussor* es un garante de responsabilidad, el *sponsor* y el *fidepromissor* son garantes de la deuda. En este sentido ALVARO D'ORS, «Certum-incertum en la fideiussio». *Iura*, 1963, p. 190; D'ORS y GIMÉNEZ-CANDELA, «Fianza parcial», en *RIDA*. 30 (1983), p. 117. Sostiene D'Ors la misma tesis que sostuvo Flume, según la cual, el fiador es garante de responsabilidad mientras que los *sponsor* y *fidepromissor* son garantes del débito. Al igual que sostuvieron Flume y Beseler, afirma D'Ors que la obligación del fiador es siempre incierta, extrayendo dicha conclusión de la lectura del D. 45,1,75,6. También Flume recaba que mientras que la *actio incerti* contra el *sponsor* estaba unida a una obligación principal de *incertum*, la misma idea puede recogerse para la acción contra el fiador que se presenta como incierta. BESELER, «Miscelánea», en *SZ*. 45, (1964), pp. 188 a 265, especialmente p. 237. Ver también, TALAMANCA, «Alia causa» e «durior conditio», «come limite dell'obbligazione dell'adpromissor», en *St. Grosso*, III, pp. 121 y ss., n. 23 comentando el texto de GAYO 3,113 y 126.

(51) Sobre el sentido especial de *cautio vide* el parágrafo 428 de D'ORS, «Derecho Privado Romano», *cit.*, y GLÜCK, «Commentario...», *cit.*, p. 323 sobre el sentido que le daba la Pandectística.

(52) A modo de ejemplo los autores relatan que Tiberio prefería pagar directamente a los acreedores de sus protegidos que salir fiador por éstos o anticiparles la cantidad. Resultaron ser tan numerosos los que pedían su afianzamiento que decidió remitir al Senado la comprobación de las causas de dichas peticiones. *Cfr.* D'ORS, *op. cit.*, p. 508, n. 5.

(53) GIRARD, *op.cit.*, p. 763. En su opinión sirvió para retrasar el nacimiento de una deuda accesoria junto con la principal. Ver también IGLESIAS, «Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado», 6.^a ed. Barcelona, 1972, p. 504, contando en este punto con la unanimidad de la doctrina; MALTORANO, *Enciclopedia del Diritto*, voz *Cauzione*, p. 654.

La *sponsio*, que es la garantía más antigua (54), se aplicó a los ciudadanos romanos yuxtaponiéndose la responsabilidad del deudor accesorio a la del principal (55). Su carácter era el de un contrato típico reconocido por el *ius civile* (56); sin embargo, su estructura y alcance se acomodaba mejor con relación a las funciones que ordinariamente se atribuían a las garantías (57).

La *sponsio* originariamente era un acuerdo de voluntades sobre un negocio jurídico concreto, resultante de la oferta y de la correspondiente aceptación (58).

Los requisitos indefectibles de la institución se basaban en los principios de oralidad y en el formalismo sacramental inserto en la propia significación del verbo *spondere* (59).

Tenía la configuración de *conceptio verborum*, que implicaba una íntima vinculación entre interrogación y respuesta, que era el determinante de un acto del que derivaba una *obligatio*.

El esquema de su formalismo se encuentra en la estructura de las leyes comiciales. Se formula una interrogación: *Velitis iubeatis quirites, vos quirites rogo?*, a la que proseguía la respuesta: *Uti rogas* (60).

(54) Constituye una forma de estipulación considerada como fuente de las obligaciones civiles y pretorias; junto con los delitos, préstamos y contratos según clasificación de D'ORS, *op. cit.*, pp. 418-419.

(55) La razón de la preferencia por las garantías personales se asienta fundamentalmente en Roma en dos causas: En la importancia de la palabra y en que el único negocio de garantía real es la época más remota era la fiducia. Ver DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», vol. I, *cit.*, p. 8. GLÜCK, «Commentatio...», *cit.*, p. 321.

(56) La génesis de la *sponsio* se entronca con el derecho quiritarario más antiguo. Cfr. TALAMANCA, «L'origine della "sponsio" e della "stipulatio"», en *Labeo*, 1963, p. 96.

(57) En opinión de Biondi dicha afirmación sólo puede hacerse partiendo de la distinción de Gayo entre obligaciones *ex contractu* y otros contratos típicos como el mutuo o la venta. *Op. cit.*, p. 110.

(58) En opinión de Biondi, despojado de sus formalidades se encuentra el esquema del contrato moderno, *op. cit.*, p. 111. Contrariamente a la afirmación de la *sponsio* como un negocio técnico de garantía, en oposición a la mayoría de autores que entienden que la *sponsio* supone asunción de responsabilidad por el acto de un tercero, aunque con naturaleza de negocio autónomo. Ver PASTORI, «Appunti in tema di sponsio e stipulatio», Milán, 1961.

(59) PAPIANO se refiere a la Ley como «*communis reipublicae sponsio*» D. 1,3,1, (Pap. 1 definit.): «Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio».

(60) No obstante, dicho término puede interpretarse también como manifestación de voluntad. BIONDI, *op. cit.*, p. 113.

Prometía el *sponsor* una prestación idéntica o una parte de la obligación al reo u obligado principal.

Para Biondi (61) la importancia de la *sponsio* fue de tal envergadura que junto con el desarrollo de la *stipulatio* configuraron el concepto de *obligatio*, al igual que se entiende en la actualidad.

La finalidad de dicha institución era, en principio, satisfacer cualquier exigencia resultante de una relación jurídica. No importaba si tenía carácter patrimonial; su relevancia radicaba en que la vinculación del *sponsor* sólo podía efectuarse si las relaciones quedaban ligadas en el ámbito de la esfera personal.

La *sponsio* precisaba adaptarse a los criterios de oralidad mientras que la *obligatio* se basaba en el consentimiento de las partes; criterio opuesto al que seguía el Derecho Romano que prescindiendo del consentimiento se fundamentaba en los *verba* (62), si bien dicho término podría también entenderse comprensivo de cualquier manifestación de voluntad.

El deudor accesorio yuxtaponía su responsabilidad a la del principal. Sin embargo, la *sponsio* por necesidades prácticas, perdió dos de sus características fundamentales.

Su ámbito de aplicación se amplía de los ciudadanos romanos a los peregrinos mediante la aparición de una institución nueva, fruto de la evolución de la primera. Esta figura de reciente nacimiento se concretó en la llamada *fidepromissio*, destacándose en ella el carácter similar a la *sponsio*.

Esta sin embargo, queda reducida a la interposición de la *interrogatio* precisando una respuesta ritual, a través de la imposición de un formalismo radical, sin perder su estructura de promesa o juramento religioso. De esta manera la *sponsio* quedaba formulada en los siguientes términos: *Idem spondesne? Spondeo, idem fidepromittisne? fidepromitto* (63). El nuevo deudor promete la misma promesa, lo que implica que la identidad no incide en el objeto de la obligación (*idem debitum*) sino en la forma promisoria. Como consecuencia de ello no se produce novación puesto que en tal supuesto se requería igualdad de objeto e identidad de contenido.

(61) BIONDI, *op. cit.*, p. 112. Cumple desde otra vertiente la función de contrato moderno dada la estructura de los *verba*, viendo como progresivamente su campo de aplicación fue reduciéndose al nacer otros contratos causales típicos.

(62) La vinculación al *ius sacrum* hace que originariamente siga un paralelismo con el juramento. Fue precisamente su carácter religioso el que impuso que la sanción repercutiera en el ámbito religioso, atribuyéndoles a los *verba* un carácter constitutivo. TALAMANCA, «L'origine della "sponsio"...», a propósito de la recensión de la obra de PASTORI, «Appunti in tema di sponsio e stipulatio», en *Pub. Fac. Giurisprudenza della Univ. di Urbino*, Milán, 1961, *cit.*, p. 36.

(63) En contra de dicha formulación *vide* PERNICE, «Parerga», en *SZ.* 19 (1963), pp. 82 a 183.

La fórmula expresada (64) pone de manifiesto la conservación de algunos elementos dignos de destacar. En primer lugar, si bien su ámbito de aplicación se extendió a los ciudadanos no romanos también, la fórmula ritual de la *sponsio* sigue celebrándose en latín. Por otra parte, cabe destacar que el carácter religioso que impregna a la *sponsio* fue extensible a todas las instituciones de Derecho Romano clásico.

Nos hallamos ante un acto evidentemente personal que se perfecciona con la expresión del verbo *spondere*. El carácter formalista del acto llega a tal extremo que la pronunciación de cualquier otra palabra distinta de la referida convierte el acto en nulo. Tal vez por ello, la utilización de la *sponsio* se aplicaba únicamente a los *cives*, puesto que era coherente con la propia naturaleza de la institución pensar que ciudadanos, habitantes fuera de la urbe romana, no pudieran comprometerse mediante fórmulas religiosas si profesaban otra religión (65).

Este punto abrió fisuras en la doctrina. Mientras hay autores que afirman con carácter general que probablemente estos contratos no pudieron servir para afianzar más que deudas nacidas *verbis*, llegando incluso al planteamiento de si sólo sería permisible asumir la obligación al mismo tiempo que la obligación principal (66), otros autores, influenciados por los textos de Gayo (67), partían de que la estructura de los actos realizados por quienes debían someterse al *ius gentium* tenían que realizar actos diversos a la *sponsio*.

Aparece así la *stipulatio* que presenta la misma estructura que la *sponsio* pactada siempre mediante una *obligatio verbis*, pero sin contener el verbo *spondere*. Por otra parte, la fórmula con el verbo *spondere* tampoco podía utilizarse en lengua distinta, contrariamente a lo que sucedía con la *fideiussio* (68).

Todos estos criterios vienen a confirmar que el empleo del verbo *spondere* se atribuía con un criterio muy restringido, únicamente permitido a los ciudadanos romanos (69).

Fue precisamente el carácter personalista y sacramental del vínculo, lo que justificó la intransmisibilidad pasiva a los herederos del *sponsor*, manteniendo este criterio con carácter constante hasta Gayo (70).

(64) «*Id quod Titius promissit*» lo que implica que la identidad no incide en el objeto de la obligación (*idem debitoris*) sino en la fórmula promisoria. Sobre la visión de la Pandectística vide BESELER, «Miscellanea Graecoromana». *Studi in onore di Pietro Bonfante*. VII. Milán, 1930, p. 73.

(65) D'ORS, «Derecho Privado Romano», Pamplona, 1981, p. 509.

(66) BIONDI, *op. cit.*, p. 115.

(67) Gai., 3,119.

(68) Gai., 3,134 y 3,93.

(69) Los *cives* cumplimentaban todos sus actos, tanto públicos como privados en documentos redactados en latín. Únicamente para el testamento se admitió en la etapa tardía el uso de otras lenguas, pudiendo el peregrino testar según su propia lengua.

(70) Gai., 3,120 «*sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur*» y 4, pp. 112-113, al afirmar que no todas las acciones se dan al heredero o en contra del mismo. «*Aliquando tamen etiam ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit... nam et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur*».

5.— LA FIDEPROMISSIO

La *sponsio* y la *fidepromissio* son dos formas distintas de fianza que reciben el nombre genérico de *adpromissio*; es decir, de un deudor que se yuxtapone al principal para garantizar el cumplimiento de la obligación de aquél (71).

Ambas constituyen un mismo cuerpo con características similares, que paulatinamente fueron evolucionando, junto con la introducción posterior de la *fideiussio*, conforme a la promulgación de cinco importantes leyes: Publilia; Appuleia; Furia; Cicereria y Cornelia.

La extraordinaria importancia de cada una de estas Leyes caracterizadas por las innovaciones que introdujeron, condujo a la inclusión de modificaciones sustanciales en estas tres figuras. Sin embargo, no toda la actividad legislativa quedó culminada con su publicación; la proliferación de las mismas continuó durante la época del Imperio con el Senadoconsulto Veleyano y la Epístola de Adriano, acabando con la promulgación de la Novela 99 de Justiniano (72).

Se ha llegado a tener conocimiento de estas Leyes gracias a las Instituciones de Gayo, desapareciendo definitivamente en la etapa Justiniana.

La doctrina sistemáticamente ha realizado su estudio con referencia a la *fideiussio*. Así pues, las características comunes a la *sponsio* y la *fidepromissio* que las diferencia de la *fideiussio* (73) son las siguientes:

(71) VALIÑO, «Instituciones de Derecho Privado Romano», Valencia, 1976, p. 371.

(72) FUENTESECA, «Sobre la Novela 99 de Justiniano y la supuesta *fideiussio* mutua», en *A.H.D.E.*, 20 (1950), pp. 242 a 274.

(73) D'ORS, *op.cit.*, p. 509. Siguiendo la idea ya expuesta, la identidad no está en el objeto de la obligación directamente (*idem debitum*) sino en la forma promisorias. Premisa que le sirve para concluir que no se da la novación puesto que esta requiere igualdad de contenido e identidad de objeto. *Cfr.* además D'ORS y GIMÉNEZ-CANDELA, «Fianza parcial», *cit.* Sin embargo, para los autores el origen de la *sponsio* y de la *fidepromissio* es controvertido. En opinión de Talamanca la *stipulatio* encuentra su origen en el comercio internacional concretándose en la *fidepromissio* que por imposibilidad de referirse a vínculos provenientes de una religión común entre los contrayentes, se recurre a la *fides* como elemento sancionador, lo que motiva que los *verba* tengan una función declarativa por falta de lengua común en el tráfico mercantil internacional. TALAMANCA, «L'origine della "sponsio"...», *cit.*, pp. 97 y 105. Sobre su desarrollo consultar al mismo autor, pp. 106 y ss. Sobre la *stipulatio* ver KASER, «Derecho Romano privado», 5.^a ed., (trad. Santa Cruz Tejeiro). Barcelona, 1968; TALAMANCA, en *Labeo*, 1963, *cit.*, p. 96 y SEGRE, «In materia di garanzie personali», en *B.I.D.R.*, 42 (1934), p. 497.

En virtud de una regla de la que se desconoce su origen, en la concepción primitiva de casi todos los pueblos se utiliza el afianzamiento con la peculiaridad de que el compromiso de los fiadores se extingue con su muerte, pero no se transmite a sus herederos. Al respecto ver para conceptos generales GIRARD, *op.cit.*, p. 765, y para desarrollo en los pueblos franco y germano, ESMEIN, «Etudes sur les contrats dans les très anciens droit français», Paris, 1911, pp. 89, 90 y 131-132.

1. Sólo garantizan deudas nacidas de una promesa estipulatoria, ya que el fiador promete lo mismo que prometió el deudor principal, requiriendo que la promesa sea válida (74).

2. La deuda del fiador es cierta o incierta según lo sea la del deudor principal (75).

3. La obligación asumida por el fiador no se transmite a sus herederos. Además, para los afianzamientos realizados en Italia, la Ley Furia, por motivos políticos les concedió dos privilegios para mitigar este régimen, sin embargo, como contrapartida, se disminuían las garantías de los acreedores.

A partir de la promulgación de esta Ley, *sponsors* y *fidepromissores* quedaban liberados al expirar el plazo de dos años desde el vencimiento de la deuda, y además si hubiese varios, al acreedor en lugar de pedir o reclamar la totalidad a uno de ellos, se le facultaba a dirigirse individualmente por la parte que cada uno de los obligados había

La intransmibilidad a los herederos ya la manifestaba GAYO 3,120: «*Praetera sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur*». Sobre la excepción prevista para los *heres peregrini fideiussoris*, vide TALAMANCA, «Recensión a Triantaphyllopoulos», Atenas, 1957, en *Archivio Giuridico*, 1957, pp. 164 y ss.

(74) Criterio radicalmente diverso al regulado en nuestro ordenamiento jurídico y demás cuerpos legales de influencia napoleónica.

(75) Radica en este punto una de las principales diferencias entre las dos primeras instituciones y la *fideiussio*. Mientras que en esta última, el garante asume todo o parte de la deuda ajena, no promete una prestación idéntica a la promesa de lo debido por el otro; en las dos primeras figuras asumen una obligación idéntica y por tanto, de carácter no accesorio. BIONDI, «*Sponsio e stipulatio...*», *cit.*, p. 121. Esta diferencia no podía constatarse claramente en el período postclásico ni incluso en el clásico tardío. Esta matización no fue recogida por Gayo, pareciendo que no encuentra en ella obstáculo con el principio común a todas las garantías: «Que el garante pro alio o pro altero o pro eo, qui promittit, obligatur (Gai. 3, 115, D. 46,1,8,7.) que en opinión de SEGRÈ (In materia di garanzia personali», *B.I.D.R.*, 1934, n. 42, p. 500) podía significar que el sentido primitivo vendría a expresar que el que se obliga es únicamente el garante en lugar del promitente. A pesar de la referencia a Gayo, Segrè encuentra que su carácter de *accessio*, en el sentido de manifestar la dependencia de las garantías personales a la obligación principal, se encuentra sin duda en Gai. 3, 126, al respecto SEGRÈ, *op. cit.*, pp. 502 y ss. La omisión de Gayo la justificó SEGRÈ (*op. cit.*, p. 504) apoyándose en los textos del propio Gayo, de los que deduce que en tiempos del autor al que alude, la condición jurídica de los *sponsors* o *fidepromissores* era similar (Gai. 3,118. 126. 127). La única diferencia que los separaba se fundaba en que el *sponsor* contaba con mayor protección jurídica debido a que la *Lex Publilia* le concedía la *actio depensi* (Gai. 3,127). Vide además BUCKLAND, «Les limites de l'obligation du fideiussor», en *R.H.*, 1933, pp. 116 a 129, en especial p. 119, inclinándose por entender que la obligación accesorial queda vinculada a la principal, de tal manera, que la extinción de esta última lleva implícita la de la primera. En dicho sentido, BIONDI, «*Sponsio e stipulatio*», *cit.*, p. 119, partiendo de que las tres instituciones constituían garantías, aunque variando en la forma de respaldar la obligación principal, a lo que se añade que la deuda del fiador será cierta o incierta según lo sea la del deudor principal. Ver D'ORS, «*Certum-incertum* en la *fideiussio*», en *Iura*, 1963, p. 190.

asumido responder. Normalmente, si hubiese fallecido alguno de los comprometidos, con carácter proporcional se reclamaba la deuda entre los supervivientes una vez vencida la obligación, sin tener en cuenta la solvencia de los mismos (76).

En ambas instituciones el *adpromissor* promete la misma cosa que el deudor pero al acreedor no se le puede pagar dos veces. Además, la obligación del fiador no está sometida a la del deudor, puesto que no tiene carácter accesorio (77). Su obligación sobrepasa en ocasiones la responsabilidad del deudor principal, quedando sujeto a pagar el débito contraído incluso si la obligación principal es nula (78). Consecuencia de ello es que el acreedor tiene facultad para dirigirse directamente contra el fiador, aunque contando con el rechazo de la opinión pública (79).

(76) Gai. 3,119.

(77) En el Imperio para el acreedor que procedía contra el fiador, siendo solvente el deudor, peligraba su situación puesto que podía verse inmerso en un proceso promovido mediante la acción de injurias: D.47,10,19.: «*Si creditor meus, cum paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriarum tenetur*» (Gai 22 ed. prov.).

(78) Cfr. D'ORS, *op. cit.*, p. 509.

(79) TRIANTAPHYLLOPOULOS, «La législation romaine sur le cautionnement», en *R.H.*, 1961, p. 501. Para un estudio en profundidad de las leyes romanas *vide* APPLETON, «Les lois romaines sur le cautionnement», en *SZ.* 28 (1907), pp. 1 a 48, en especial pp. 3 a 5, destacando que la *Ley Appuleia*, dedicada a la pluralidad de cauciones, se aplicó en todas las provincias romanas, concediendo al *sponsor* o al *fidepromissor* que hubiese pagado la totalidad de la deuda, las correspondientes acciones contra los copartícipes, en la parte que habían asumido pagar.

La mayoría de autores toman como términos *post-quem* la constitución de la primera provincia en el año 241 a.C., cuando Sicilia se constituyó en provincia. Rechaza Triantaphyllooulos esta interpretación porque, aun cuando estos autores extraen esta conclusión de los textos Gayo (3,122) manifiesta expresamente que la *Lex Appuleia* estaba en vigor en las provincias; en opinión del autor citado, esta conclusión es refutable puesto que Gayo en el fragmento anteriormente reseñado señala la territorialidad ecuménica de esta Ley a fin de distinguirla y oponerla a la territorialidad itálica de la *Lex Furia* (*op. cit.*, p. 504). La conclusión de este autor es que estaba destinada a todo el ámbito de aplicación territorial del Derecho Romano, entre otras razones porque al tiempo de su promulgación no existían provincias. Todo ello hace pensar que este autor se opone al criterio común de la doctrina, sosteniendo que fue una ley promulgada antes de la formación de la primera provincia en el año 241 a.C. Como la *Lex Appuleia* era probablemente un plebiscito, podría pensarse que la fecha de entrada en vigor fue alrededor del año 287, fecha de la Ley Hortensia y el 241 a.C. Destaca este autor que la opinión más común es que la Ley Publilia fue la más antigua. Precisamente, esta Ley permite diferenciar la estipulación solidaria de la *sponsio* porque los promitentes solidarios no se beneficiaban de recursos entre ellos.

Esta Ley instituyó que el *sponsor* disponía de una acción con carácter exclusivo contra el deudor principal sino le devolvía lo abonado por éste en el plazo de seis meses, una vez realizado el pago. Este recurso lo ejecutaba mediante una *manus intectio pro iudicato*, que en la época del procedimiento formulario se transformó en la *actio depensi*, cuya sanción consistía en desembolsar el doble de lo pagado. Ver TRIANTAPHYLLOPOULOS, *op. cit.*, pp. 502 y ss. que estudia con detenimiento las características y formalidades exigidas por esta Ley.

Otra característica que interesa destacar es que el fiador, una vez había satisfecho la deuda, disponía de una *actio depensi* para ejercitar contra el deudor, si éste no le reembolsaba la cantidad satisfecha en el plazo máximo de seis meses. La función de esta acción es semejante a la que actualmente desempeña la acción de regreso (80).

El reconocimiento de la divisibilidad de la obligación parte de la *Lex Appuleia*, aproximadamente a mitad del siglo III aC. (81), concediendo al garante que pagó la totalidad una acción de regreso (82).

La relevancia que esta Ley atribuyó a la divisibilidad interna de la garantía entre varios obligados aflora con la Ley Furia de *sponsu*, de fecha imprecisa, aunque sin duda más reciente que la Ley Appuleia, en su relación con el acreedor que exige más de la *portio virilis* que corresponde a cada cogarante (83).

El problema, como señala Talamanca (84), es el de la efectividad de la división *ipso iure* entre los cogarantes de la obligación intentando que la *manus iniectio* fuera el único medio de defensa del garante.

Con la Ley Furia se introduce una innovación consistente en que caso de existir pluralidad de fiadores en una misma deuda, éstos quedaban facultados para reclamar del acreedor lo que les hubiese exigido de más que no les correspondiese pagar.

(80) GAYO no especifica la modalidad (3, 122) pero es factible excluir su introducción por la *manus iniectio* o por la *actio depensi ex lege Publilia*.

(81) En contra de la opinión de Triantaphyllopoulos, *cf.* GIRARD, *op. cit.*, p. 764.

(82) *Portio virilis* determinante, en la que cabe tener en cuenta que los garantes, sin importar su grado de solvencia, queden obligados «*eo tempore quo pecunia petiti potest*» (GAYO, 3,121) y sujetos a la *manus iniectio* del garante que pagó.

(83) TALAMANCA, «Enciclopedia del Diritto», *voz Fideiussione, cit.*, p. 327.

(84) La opinión de Talamanca no está referida al bienio en que un garante podía ser *sponsor* o *fideiussor*. En Gayo encuentra una argumentación para apoyar su tesis (Gai. 4,22) al aludir a la *manus iniectio, ex lege Furia*, únicamente para el pago *ultra virilem partem*. Esta confirmación podría estimarse aceptable sobre todo interpretándola con relación al período en que se promulgó la Ley, aunque no puede excluirse que una interpretación jurisprudencial permita llegar sucesivamente a una división *ipso iure*.

Sobre el ámbito territorial de las Leyes Appuleia y Furia, Gayo hace referencia (3,121, 122) a la *Lex Furia* era de aplicación únicamente en Italia, mientras que la primera se aplicaba a las provincias. La existencia coetánea planteó graves dificultades a los juristas romanos, siendo unos partidarios de que la promulgación de la Ley Furia había abolido la Appuleia encontrando dura oposición entre aquellos que mantenían la tesis de que ambas eran simultáneas en el tiempo. Al respecto, y en contra de la opinión de TALAMANCA, *Enciclopedia...*, *cit.*, p. 327 n. 3, vide FREZZA, «Le garanzie delle obbligazioni», I, «Le garanzie personali», Padua, 1962, p. 20 y TRIANTAPHYLLOPOULOS, «Lex Cicereia», Atenas, 1957, pp. 102 y ss.

Gai. 4,22.: «*Postea quedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniunctionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exigisset;*» (Trad. Sucesivamente algunas leyes concedieron en casos concretos este procedimiento de ejecución personal contra determinados deudores, como si se hiciera en virtud de una sentencia; así, la ley Publilia, en favor del *sponsor* que ha pagado por el deudor garantizado, en caso de que éste no reintegrase al *sponsor* en los seis meses siguientes la cantidad que en su lugar había abonado al acreedor. Asimismo la ley Furia, reguladora de las fianzas, contra el que hubiera hecho pagar a un *sponsor* en mayor proporción que le correspondía...» (85).

Finalmente, queda por destacar una última diferencia. En opinión de Talamanca (86), tanto la *sponsio* como la *fidepromissio* son obligaciones solidarias (87) e incluso también la *fideiussio* hasta la introducción con Justiniano del *beneficium excussionis*. Sobre esta base se diferencian de la *fideiussio* en la tendencia a la independencia de ambas instituciones, en la validez y eficacia de la *stipulatio* principal y además, que sólo pueden estipularse en *obligationes verbis contractae* que originariamente requerían que se celebrasen en el mismo acto (88).

Estas argumentaciones son las que permiten llegar a la conclusión de que el origen de la *sponsio* de garantía, como se configuraba en la época clásica, debe encuadrarse entre las obligaciones pasivamente solidarias, de la que la Jurisprudencia más antigua creó la fuente de

(85) Ver también, GAI, 4,186. En el Digesto se menciona la *actio mandati contraria* como acción de regreso pero sin hacer ninguna referencia a la *actio depensi*. Ver ORTOLÁN, «Instituciones de Justiniano», Buenos Aires, 1960, p. 258. En sentido contrario TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto...*, cit., p. 326, para quien las dos formas de estipulación más antiguas divergían en la inaplicabilidad de la *actio depensi ex lege Publilia* de la *fidepromissio* (Gai 3,127). Vide también WINDSCHEID, «Diritto delle Pandette», trad. Fadda y Bensa, V. II, Turín, 1925, p. 867; BESELER, «Miscellanea...», cit., p. 74.

(86) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 328.

(87) Manteniendo esta postura numerosos autores: D'ORS, «Derecho Privado Romano», cit., pp. 505 y ss.. VALIÑO, «Instituciones de Derecho Privado Romano», cit., p. 504, distingue entre existencia sucesiva, como ocurría en la fianza y no simultánea, caso de la solidaridad pasiva de los derechos del acreedor frente a deudores de distinto rango, que induce a distinguir entre solidaridad y fianza por su carácter accesorio.

(88) Defendida por LEVY: «“Sponsio”, “fidepromissio”, “fideiussio”», cit., pp. 36 y ss. En contra de toda la doctrina. Cfr. D'ORS-GIMÉNEZ-CANDELA, «Fianza parcial», cit., p. 103.

mayor importancia en el ámbito de la solidaridad contractual de toda la experiencia jurídica romana (89), atribuyéndole en algunos aspectos el carácter de obligación solidaria y en otros apartándola de la regulación general de la solidaridad dada la función de garantía que cumplían (90).

Como conclusión pudiera afirmarse que el *sponsor*, al igual que el *praes* o el *vas*, originariamente era un garante que respondía del hecho realizado por un tercero y que posteriormente la *sponsio* se convirtió en la *verborum obligatio* clásica más generalizada aún cuando ésta no tuviese la misma estructura que la primitiva obligación romana (91). Sin embargo, dado que el afianzamiento se concebía como un servicio «de amigos», que generalmente se solicitaba de personajes importantes, patronos o candidatos a la Magistratura para sus amigos políticos, la facilidad y frecuencia con que se utilizó acarreó numerosos inconvenientes, especialmente para el fiador. Motivo de ello fue que se limitara la duración de la obligación al período máximo de dos años (92).

Esta medida que satisfacía y beneficiaba a los garantes resultaba perjudicial para los acreedores que veían peligrar la satisfacción y garantía de su crédito. Ello fue el motivo por el que se configuró a mediados del siglo I a.C., en tiempos de Q. Mucio Scevola, una nueva figura que recibió el nombre de *fideiussio* (93).

6.— LA FIDEIUSSIO

Esta figura es una forma de fianza también verbal, en la que el fiador asumía mediante un *iussum* las consecuencias del acto, probablemente respondiendo a la interrogación: *Fide ne tua is esse iubes?* (94). Si en la

(89) Sobre todo con referencia a *fideiussio* BIONDI, «Sponsio e stipulatio», *cit.*, p. 121.

(90) Esta individualización no es fácilmente reparable. Ver DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», *cit.*, p. 18.

(91) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 329. Progresivamente se aceptó la tendencia a admitir que el deudor principal pudiera asumir la garantía del acto propio mediante la estipulación de negocios que servían de causa en una nueva obligación en la que se responsabilizaba un tercero y único garante.

(92) Si la deuda era pura y simple, hasta el día en que se comprometió el *sponsor*, si era una obligación o término el *sponsor* se obligaba hasta la fecha del vencimiento, si bien este plazo de ampliaba de hecho, a voluntad del fiador, no pudiendo sobrepasar el doble de lo fijado por la Ley. Al respecto CUQ, *op. cit.*, p. 645, n. 4.

(93) KASER, *Das römische Privatrecht* 12, Munich 1971, p. 663. Por su parte, LEVY, *Sponsio, fidepromissio...* *cit.*, p. 122 la sitúa en época de Labeón.

(94) Aunque hay autores que piensan que generalmente los *adpromissores* prometen lo mismo que el deudor principal unificando el término «idem» para los fiadores —sujetos de la *fideiussio*— no se emplea esta fórmula. Se refieren no a la expresión «*idem fide iubet*» sino «*id fide sua esse iubet*». En opinión de D'ORS, *op. cit.*, p. 510, no se trata de un *promissio*, sino de autorizar o avalar por la propia *fides*.

fórmula de promesa se encontraba en lugar de *id* la palabra *idem* no existía una *fideiussio*.

En lo que se refiere al objeto, la totalidad de la doctrina piensa que es el mismo que el del deudor principal. Talamanca ve en esta figura el surgimiento de una estipulación pasiva accesoria, que confirma un retorno histórico a la regulación primitiva de las dos formas originarias de garantías personales (95). Sin embargo, aún contando con dicha afirmación, hay diferencias sustanciales con las figuras ya reseñadas.

La referencia que el *fideiussor* hace a la deuda y no a la promesa justifica que el fiador se pueda comprometer en todo tipo de obligaciones.

Al igual que sucedía con el *fidepromissor*, gracias a la referencia a la *fides*, es una figura en la que se permite que sea un extranjero el que estipule la garantía.

Al contrario de la obligación del *sponsor* o del *fidepromissor*, la realizada mediante *fideiussio* podía transmitirse a los herederos, no teniendo plazo alguno de caducidad (96). A esta última característica, añade De Martino (97) que tiene de común con la *fidepromissio*, además de la forma verbal, su incorporación a una obligación principal ya constituida. Finalmente, cabe reseñar que, a pesar de la existencia de cofiadores, se podía proceder contra el fiador por la totalidad de la deuda.

Estas garantías no agotaban todas las garantías personales de naturaleza accesoria pasiva. Así lo expresaba Gayo (98) y además, a ma-

La promesa verbal que hace el *fideiussor* es semejante a la fórmula estipulatoria, pero el efecto novatorio no se produce, porque precisamente la promesa no es propiamente estipulatoria. Al respecto D'ORS, *op. cit.*, p. 511.

(95) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 329.

(96) Las diferencias vienen señaladas por la mayoría de los autores. Ver al respecto D'ORS, *op. cit.*, p. 511; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 329, n. 49.

(97) DE MARTINO, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

(98) GAI 3,116 «*Videbimus (de his) autem, quo nomine possint proprie appellari, qui ita interrogatur idem dabis? idem promittis? idem facies?* Referente a estas formas de garantía ver DE MARTINO, «*Le garanzie...*», *op. cit.*, pp. 31 y ss.; FREZZA, *op. cit.*, pto. 22; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 329, nota 51. En el sentido de que las *adpromissiones* y la *flideiussio* no son las únicas formas de garantía personal puesto que existen también el *constitutum debiti alieni*; el *receptum argentari*; la estipulación de indemnidad; es decir, la promesa de pagar lo que no pague el deudor principal; la estipulación penal con promesa de tercero; la acción de un deudor solidario y también el mandato de prestar (*mandatum pecuniae credendae* o «*qualificatum*»), en virtud del cual el mandante responde por la *actio mandati contraria* en caso de que el mutuario no pague al mandatario mutuante. Estas diferentes formas de garantía personal, así como las de garantía real cuando se contraían en virtud de deuda perteneciente a otra persona, constituyen un acto de *intercessio*, como cualquier modalidad de institución de un deudor por otro. Entre éstas se encuentran la novación expromisoria; el mandato irrevocable; *mandatum in rem suam* después de la *litis contestatio*; la aceptación de un mutuo destinado a otra persona; la promesa estipulatoria de restituir una cantidad destinada a otro y cualquier indirecta mediante mandatario. Sobre esta materia, D'ORS, *cit.*, p. 513.

por abundamiento, es cierto que aún después de haber configurado la *fideiussio*, estas tres garantías verbales no satisfacían plenamente las expectativas de los acreedores puesto que no podían estipularse si el contrato se celebraba con determinadas personas, como era el caso de sordos, mudos o ausentes.

Para subsanar estos impedimentos se introdujo dos modos de afianzamiento consensual de posible realización entre ausentes. Uno de ellos fue antes de constituirse la obligación principal, el *mandatum pecuniae credendae*, mediante el cual el fiador mandaba al acreedor que hiciera un préstamo al deudor. Este supuesto era una aplicación irregular de las reglas del mandato, pero de evidentes efectos prácticos. Se fundamentaba en que todo mandante quedaba siempre obligado con respecto al mandatario, por mediación de la *actio mandati* contraria, a indemnizar el daño causado que en este caso derivaba del préstamo surgido como consecuencia de la ejecución del mandato.

La otra clase de afianzamiento consensual se realizaba después de la estipulación de la obligación principal, por el pacto de *receptum* en virtud del cual el fiador se constituía *iure praetorio* deudor de la cantidad adeudada por el responsable principal (99).

6.1. Características de la fianza

La finalidad de la fianza no se limitaba únicamente a procurar un crédito al deudor. El tercero podía intervenir antes de la estipulación de la obligación principal o incluso con posterioridad a la existencia de dicha obligación. La fianza cumplía su finalidad respaldando mediante la *fides* la obligación contraída por el deudor. También se permitía establecerla con carácter condicional pero siempre derivada de una obligación de carácter accesorio (100).

La única prohibición se establecía con relación a la capacidad para ser fiador. La fianza no podía ser aceptada más que por persona capaz de obligarse por otro.

El objeto, como ya se ha indicado, era el mismo que el del deudor principal. Destaca Girard, con razón, que las alegaciones que hicieron

(99) Amplia explicación sobre el tema en GIRARD, *op. cit.*, p. 765, nota 3.

(100) Corresponde a la figura del *fideiussor fideiussoris*. Sobre el carácter de accesoriedad en la *fideiussio*, ver FLUME, «Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftstipulationen». WEIMAR, 1932 y la recensión que sobre el mismo hace BUCKLAND, «Les limites de l'obligation du fideiussor» *R.H.*, 57 (1933), pp. 116 a 129, donde se pone de relieve el nacimiento de la *fideiussio* como obligación dependiente desde su origen a la principal, en contraposición a la *sponsio* y a la *depromissio* que tienen naturaleza independiente.

los jurisconsultos, apoyándose en los textos de Javoleno (101) no justificaron más que un juego de palabras. Según este autor, el motivo radicaba en el origen formalista de *la sponsio* y de *la fidepromissio*, en las que la palabra «*idem*» empleada por las partes distinguía la estipulación accesoria de una nueva estipulación principal (102).

Diversamente de la *sponsio* y de la *fidepromissio* que, como estipulaciones de garantía sólo podían contraerse para una *obligatio verbis contracta*, la *fideiussio* podía garantizar cualquier tipo de obligación, incluso la derivada de un delito (103).

Lo mismo sucedía con el sujeto de las obligaciones asumidas. Mientras la *fideiussio* se podía referir a cualquier tipo de obligación *in faciendo* las dos primitivas instituciones requerían que la obligación se refiriera a cosas fungibles (104).

Contrariamente a lo que ocurría en la *adpromissio*, de la que ya se ha destacado que la obligación del deudor accesorio tenía el mismo objeto que el deudor principal, en el *mandatum pecuniae credendae* la obligación era siempre diferente. En todo caso, cualquiera que fuese el procedimiento escogido para afianzar el débito no podía superar la deuda de la obligación principal pero sí ser inferior (105). De comprometerse a más, la obligación podría llegar a ser nula en caso de *adpromissio* (106) pero no en los supuestos de *constitutum* y de *mandatum pecuniae credendae*, según se desprende de los principios mismos del mandato para la *pecuniae credendae* (107).

(101) D. 46,1,42. (Jav. 10 epist.): «*Si ita fideiussorem accepero: "quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?" non obligatur fideiussor, quia in aliam rem, quam quae credita est fideiussor obligari non potest, quia non, ut aestimatio rerum quae mercis numero habentur in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce estimanda est*». La última parte del fragmento [*quia non - fin*] ha sido considerado sospechosa por EISELE, en SZ 13 (1892), p. 149.

(102) Al respecto GIRARD, *op. cit.*, p. 760, n. 6 y DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», *cit.*, pp. 36 y ss.

(103) D. 46,1,8,5. (Ulp. 47 ad Sab.).

(104) En este sentido TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 331, en contraposición a FREZZA, *op. cit.*, n. 37, que sostiene que cualquier tipo de afianzamiento puede garantizar una obligación solamente de carácter fungible. También, DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», *cit.*, pp. 40 y ss.

(105) Incluso la *Lex Cornelia* fija un límite máximo de compromiso. Sobre este punto ver APPLETON, «Les lois romaines sur le cautionnement», en SZ 28 (1907), pp. 40 y ss.; desprendiéndose la conclusión de que se aplicaba a los deudores de certa pecunia. D'ORS-GIMÉNEZ CANDELA, «Fianza parcial», *cit.*, p. 114. GAYO 3, p. 124.

(106) Según se interpreta de la naturaleza estrictamente rigurosa de estos contratos formales y de un texto de Ulpiano (D. 46,1,8,7.: «*Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur quod, si fuerint in durio rem causam admisibiti, placuit eos omnino non obligari, in levio rem plane causam accipi possunt propter quod in mino rem summam recte fideiussor accipietur (Ulp. 47 ad Sab.)*»)

(107) Ver ahora sobre la figura del *Mandatum pecuniae credendae*, ESPINOSA GOEDERT, *Mandato de crédito*, Barcelona 1994.

La accesoriedad formal, expresada con el *idem* en la estipulación del contrato, significaba accesoriedad también sustancial; esto es, dependencia de la garantía de la obligación principal.

Este carácter fue atribuido con un criterio bastante unitario a la *fideiussio* por parte de los juristas romanos. El propio Gayo demostraba que, para que fuera eficaz, era requisito indispensable la existencia previa de una obligación civil o natural.

Gai. 3,119a.: «*Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationis, adici potest. Ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur*». (Trad. El *fideiussor*, por su parte, puede intervenir en todas las obligaciones, es decir, obligaciones que hayan sido contraídas o por la cosa, o por las palabras, o por documentos escritos o por el consentimiento. E incluso no importa que la obligación a la que se adhiera sea civil o natural; hasta tal punto que se obliga también por un esclavo, ya sea una persona extraña quien acepte el *fideiussor* del esclavo, ya el mismo dueño en aquello que se le deba).

La doctrina romanística sobre este aspecto sostuvo largo tiempo que la importancia de la obligación principal era tal que, había que entender, que dependencia significaba sujeción a la obligación principal (108).

(108) Esta regla general cuenta con dos excepciones cualificadas: La *sponsio servi* y la *peregrini*. La idea contraria de la *unitas actu* únicamente se vio defendida por LÉVY, «*Sponsio, fidepromissio...*», *cit.*, pp. 36 y ss.; teniendo abiertamente en contra a TRIANTAPHYLLOPOULOS, «*Lex Cicereia*», T. I, Atenas, 1957, p. 85, junto con DE MARTINO, «*Studi sulle gatanzie personali*», T. II, Nápoles, 1938, pp. 56 y ss.; Triantaphyllopoulos que manifiesta reiteradamente su opinión en contra en la recensión que hace a la obra de FREZZA, «*Garanzie personali*», *cit.*, p. 29, realizada en IURA, 1963, pp. 227 y ss., se apoya Levy en su argumentación en el texto de GAI 3, 177, 178: «*Sed si eadem persona sit a quo postea stipulater, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte sit condicio, vel sponsor aut dies, adjiatur aut detraatur. Sed quid de sponsore dixi, non constat, nom diversae scholae auctoribus placuit, nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem aut detractionem*». Niega Levy la distinción formal entre solidaridad y garantía, en cuanto razona que el deudor está obligado a repetir su promesa con la intervención del garante (*op. cit.*, 37). IGLESIAS, por el contrario, diferencia la solidaridad de la fianza, en contra de numerosos autores citados D'ORS, VALIÑO... estableciendo que en la fianza se produce una existencia sucesiva y no simultánea, como ocurre en la solidaridad pasiva en los derechos del acreedor frente a los deudores de distinto rango. (*Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6.ª ed., Barcelona, 1972, p. 504. En contraposición, SEGRÈ, «*In materia di...*», *cit.* p. 528.

Con estos antecedentes la doctrina pasó posteriormente a tratar la solidaridad accesoria en antítesis a la correalidad o solidaridad pura y simple (109). No obstante, esta afirmación hay que ponerla en entredicho. Estudiosos de la materia han destacado que sería bastante probable que dicha dependencia fuera únicamente exigible para la *fideiussio*, cuya validez dependía de una obligación principal válida, diversamente de lo que ocurría con la *sponsio* a la que se le atribuía una amplia independencia respecto a aquélla (110). Ambas instituciones coincidían (111) en que la obligación de garantía debía ser «*in eandem*» o «*in leviores causas*» pero nunca «*in aliam*» o «*in duriores causas*» (112). Esta matización es importante porque las fuentes establecían una limitación a la admisibilidad de las estipulaciones pasivamente accesorias en base a los criterios de la «*durior causa*» y al de la «*alia causa*».

6.2. Régimen de responsabilidad del garante

El estudio de la responsabilidad del garante presupone el tratamiento de unas *cuestiones* previas relacionadas con la *perpetuatio obligationis*. Estas cuestiones confluyen en el problema que plantea la *mora* o *factum debitoris* en relación con el fiador y el *factum sponsoris vel fideiussoris* en el nexo entre el garante y el deudor principal.

En este punto son relevantes dos textos:

D.46,1,58,1. (Paul. 22 quaest.): «*Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Stichio solvendo et is decessit*». (Trad.: Cuando el deudor principal perpetúa su obligación con su propio acto, perdura también la obligación del fiador, por ejemplo si incurrió en mora para pagar a Estico y este murió).

(109) Esta se caracteriza porque todos los obligados están en similares condiciones y ninguna obligación depende de las otras ya existentes. Vide ALBERTARIO, «Corso di Diritto Romano, Le obbligazioni solidali», Milán, 1948. Para visión de la Pandectística Cfr. GLÜCK, «Commentario...», cit., pp. 875 y ss.

(110) Esta regulación se aparta de los principios aplicables a la solidaridad contractual, donde se aplicaba el principio *unicuique sua mora nocet*. DE MARTINO, («Le garanzie...», cit., p. 11) explica dicha aplicación alegando que de esta manera se destaca la función de la accesoriedad. En contra los autores partidarios de la *unitas actus*.

(111) En este sentido, DE MARTINO, «Novissimo Digesto Italiano», cit., p. 273.

(112) Sobre estas acciones mayor información en DE MARTINO, «Le garanzie...», cit., p. 160, n. 1; Nov. *Digesto Italiano*, cit., p. 273; SEGRÈ, «In materia di garanzie personali...», cit., pp. 529 y ss.

D.45,1,88. (Paul. 6 ad Plaut.): «*Mora rei fideiussori quoque nocet. Sed si fideiussor servum obtulit et reus moram fecit, mortuo Stichio fideiussori succurrendum est* (113). *Sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur, fideiussor autem ex stipulatione conveniri potest*». (Trad. El fiador responde también de la mora del deudor, pero si el fiador ofrecía el pago del esclavo debido y el deudor incurrió en mora, entonces, si se muere el esclavo Estico que se debía, debe defenderse al fiador. Pero si el fiador matara al esclavo, queda liberado el deudor y puede demandarse al fiador en virtud de la estipulación) (114).

El planteamiento inicial se resolvió acogiéndose a criterios de pura lógica jurídica. El garante pagaba la deuda hasta donde previamente se hubiera comprometido. El único conflicto que podía presentarse era si el fiador adelantaba el pago al vencimiento de la obligación, puesto que no se podía apreciar hasta que el deudor hubiera agotado todos sus recursos jurídicos para oponerse al pago.

También el pago anticipado en caso de mora del deudor principal dejaba sin resolver el problema de los intereses moratorios que sólo repercutían en el fiador cuando originariamente contuviesen la promesa *in quantum illum condemnarit oportebit*, equiparándola más tarde a las formas que podrían integrarse como *fideiussio in omnem causam o in omnem obligationem* (115).

D. 19,2,54,pr. (Paul. 5 resp.): «*Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur nec prosint ei constitutiones quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras...*» (Trad. Pregunto si el fiador del arrendatario estará obligado también por los intereses de las rentas no pagadas, y si no le favorecen las constituciones en las que se prevé que aquéllos que han de pagar una cantidad por otros, sólo deben responder de la pérdida

(113) Según FREZZA esta expresión haría referencia (*op. cit.*, p. 85) a una *exceptio doli* concedida al *sponsor*.

(114) FREZZA, (*op. cit.*, pp. 84 ss.), pone en relación este fragmento con D.45,1,49, pr. y D.22,1,24,1.; concluyendo que mientras en el caso de mora del *sponsor*, este responde mediante el ejercicio de una «*actio directa*», el *fideiussor* lo hace por medio de una *actio utilis ex stipulatu*; lo cual, según el citado autor italiano, «muestra ad un tempo la diferencia di struttura fra la fattispecie negoziale del primo e quella del secondo tipo di garanzia».

(115) DE MARTINO, «Novis. Dig. Italiano», voz *Fideiussione*, p. 273.

del capital. Respondió Paulo que si el fiador se obligó también en toda la deuda del arrendamiento debe responder lo mismo que el colono de los intereses de las rentas que se abonan con retraso por mora del colono...).

Si bien la situación del fiador era subsidiaria podía variar cuando el fiador incurría en mora. Esta cuestión devino polémica desde la lectura de algunos textos que se referían a la *actio ex stipulatu* (116). Ello era equivalente a presuponer que el fiador quedaba obligado *iure civili*, mientras otros textos aludían a la *actio utilis*, a la *actio de dolo malo* (117) o la *restitutio in integrum* (118) que a su vez permitía suponer que el garante se liberaba *iure civili*, sometiéndose exclusivamente a la jurisdicción del Pretor.

La polémica se suscitó desde un principio por la afirmación de los autores clásicos, rebatida posteriormente, de que, en derecho clásico, el garante quedaba liberado y que consiguientemente, los textos en los que aparecía la mención a la *actio ex stipulatu* habían sido compilados y glosados posteriormente. Otros autores mantuvieron, mientras tanto que la *actio ex stipulatio* se refería a la *sponsio* y las restantes acciones a la *fideiussio* (119).

La segunda hipótesis parece la más verosímil. Fundamentalmente porque no hubiera resultado lógico que los compiladores sustituyeran la clásica *actio utilis ex stipulatu*, cuando su tendencia general era la de ampliar la categoría de las *actiones utilis* y, además, porque resultaría poco comprensible que queriendo suprimir la *actio ex stipulatu* le hubieran dado una nueva consideración en los textos relativos a dicha materia.

(116) D.38,1,44. (Scaev. 4 quaest.).

(117) D 4,3,9. (Ulp. 11 ed.).

(118) D.40,3,38,4. (Afiic. 7 quaest.). Este fragmento es considerado por FREZZA, (*op. cit.*, pp. 92 y ss.) como referido a una acción ficticia de naturaleza rescisoria.

(119) Ver, FREZZA, *op. cit.*, pp. 85 y ss., y PUGLIESE, «Intorno alla impossibilità della prestazione causata dal paterfamilias e dal fideiussore», en *St. Paoli*, Florencia 1955, pp. 594 y ss. FREZZA señala (pp. 95 y ss.) una serie de posibles soluciones jurisprudenciales en relación a la responsabilidad del *sponsor* y del *fideiussor*:

A) Para el *sponsor*

a) Responsabilidad normal *ex stipulatu*

b) Responsabilidad eventual de dolo mediante una acción ficticia *ex stipulatu*.

B) Para el *fideiussor*

a) Responsabilidad normal (en origen) inexistente

b) Responsabilidad eventual de dolo:

1.— mediante la *actio doli*

2.— mediante una *actio* ficticia *ex stipulatu*.

En la compilación Justiniana, textos que parten de la liberación del «*reus*» atribuyen una *actio de dolo*, seguramente de origen clásico o una *in integrum restitutio* de difícil alcance para establecer *a priori* que su origen no se encuentra en la época clásica o ni siquiera en la concesión de una *actio utilis ex stipulatu* (120). Hay autores que se valen de esta interpretación (121) para entender que esta contradicción no significa más que en los textos justinianos se alcanza la unificación formal de las instituciones ya existentes: *sponsio* y *fidepromissio*, en la figura de la *fideiussio*.

Esta institución mantiene de las primeras el carácter solidario entre el deudor principal y el garante; en la *fideiussio* se destaca además, el carácter de garantía personal que asume la responsabilidad patrimonial de la deuda de un tercero, donde el fiador no puede considerarse sujeto de un deber de prestación (122).

6.3.— Acciones de los garantes

Originariamente, el garante (123) no tenía ningún recurso legal contra el deudor al que había satisfecho su deuda, por ello, el garante que veía comprometido su patrimonio corría incluso el riesgo de verse perjudicado por la mala fe del obligado principal. Conscientes de ello, los jurisconsultos promulgaron la *Lex Publilia* que permitía como primera medida protectora a los garantes ofrecer la *manus iniectio* contra el deudor si no había reembolsado la cantidad satisfecha en el plazo de seis meses; *manus iniectio* de carácter *pro iudicato* que tuvo tal relevancia que se mantuvo incluso después de la Ley Vallia (124).

La *Lex Apuleia* mejoró aún más la situación de los garantes. Esta Ley contemplaba el supuesto partiendo de la existencia de una pluralidad de fiadores para garantizar una deuda.

Como originariamente si un garante pagaba la deuda no disponía de ninguna acción para proceder contra los demás, la Ley introdujo un

(120) DE MARTINO, *Nov. Digesto Italiano*, cit., p. 273 y FREZZA, «Le garanzie ...», cit., pp. 138 y ss.

(121) DE MARTINO, *Nov. Dig. Italiano*, cit., p. 273 y bibliografía que señala sobre la materia.

(122) DE MARTINO, *ibidem*.

(123) La utilización genérica de garantía abarca cualquier persona que asuma una garantía de carácter personal. Por ello sirve para referirse a *sponsor*, *fidepromissor* y *fideiussor*.

(124) Gai. 4, 22. La fecha exacta de la *Lex Publilia* se desconoce pero hay que suponer que según un *depensum*, se remonta a la época en que se pesaba el metal como forma de pago. Pesadas que se mantuvieron, aún después de introducir la moneda de plata para las obligaciones resultantes de un *nexum* o de una sentencia. Ver TRIANTAPHYLLOPOULOS, «La législation romaine sur le cautionnement», cit., pp. 502 y 503.

medio de protección para el tercero pagador. Estableció la ficción de que entre los garantes existía una sociedad en la que cada uno debía soportar una parte de la deuda. Si se diera el caso de que uno de ellos pagase la totalidad, la Ley le proveía de una acción contra los restantes responsables de la obligación para que les pudiese exigir el excedente.

Esta Ley se aplicó tanto al *sponsor* como al *fidepromissor*, mientras que la Ley Publilia únicamente fue aplicada a la *sponsio*. Su ámbito de aplicación no quedó restringido, como sucedía en la Ley Publilia a Italia, sino a todas las provincias del Imperio (125).

Pero estas dos Leyes no lograron solventar todos los problemas para el garante, que en ocasiones se veía con serias dificultades para proceder contra los restantes obligados. A fin de paliar dichos inconvenientes se promulgó la Ley Furia que obligaba al acreedor a proceder separadamente contra cada uno de los garantes supervivientes en el momento del vencimiento de la obligación. La Ley Furia —como su propio nombre indica: *Lex Furia sponsu*— puede, aunque originariamente parece poco probable, que se promulgara para beneficiar a los *sponsores*, si bien, posteriormente por influencia de la Jurisprudencia fue extendiendo su ámbito de aplicación abarcando también el ámbito de los *fidepromissores*.

Esta Ley quiso tener un carácter tan favorable para los fiadores que en ocasiones llegaba a perjudicar al acreedor. De esta manera, el cobro total del crédito podía peligrar puesto que si uno de los garantes había fallecido, la porción correspondiente quedaría sin cobrarla. Esta supuesto era igualmente aplicable cuando alguno de ellos resultaba insolvente en el momento del vencimiento de la obligación.

La exigencia por parte del acreedor de constituir una garantía personal tenía una contrapartida. Si éste se excedía pidiendo a los cogarantes una cantidad superior a la parte que a cada cual le correspondía, se entendía que su comportamiento era delictivo, quedando expuesto a la *manus iniectio pro iudicato* (126).

Mientras que la Ley *Appuleia* se aplicaba en todas las Provincias, la Ley Furia tenía un alcance restringido sólo a Italia, donde estableció

(125) Se supone que es de fecha circundante al año 241 a.C., fecha de creación de la primera provincia; cuando Sicilia se constituyó como tal. Gai. 3,122. TRIANTAPHYLLOPOULOS, «La législation...», *cit.*, p. 504.

(126) La Ley Furia es *minus quam perfecta*. Se cree que data del s. II, siendo posterior a la Lex Appuleia y anterior a la Ley Vallia. Gai. 3, pp. 120-122; y 4, p. 22. TRIANTAPHYLLOPOULOS, «La législation sur le cautionnement», *cit.*, p. 504. Sobre este punto conviene consultar también APPLETON, «Les lois romaines sur le cautionnement», *cit.*, pp. 10 y 11. Respecto la aplicación de dicha Ley sobre la obligación principal a la accesoria ver DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», *cit.*, pp. 36 y ss.

un plazo de duración para los afianzamientos de dos años (127). Sin embargo, al acreedor no se le exigía notificar a los restantes garantes la identidad de los otros, por lo que, en numerosas ocasiones, procedía contra algún garante, si no por la totalidad de la deuda, sí por el exceso de lo que le correspondiese pagar.

Ese posible fraude a la Ley es lo que vino a subsanar la Ley Ciceireia. Esta prohibió lo que hasta aquel momento era de uso frecuente: que los garantes se comprometieran sucesivamente sin tener previo conocimiento de los anteriores afianzamientos.

La Ley Ciceireia obligó al acreedor a declarar y publicar en heraldos (*praedicere palam*) el objeto de la deuda y el número de garantes que le respaldaban. De esta manera, los fiadores que se comprometían en una etapa posterior a la inicial relación de fianza sabían con exactitud la cuantía exacta por la que respondían. Los obligados, si así lo deseaban, podían ejercitar en el plazo de treinta días desde la asunción de su compromiso, una acción prejudicial con el propósito de ganar el pleito y quedar liberados.

Esta Ley no menciona los *fideiussores* porque su fecha oscila entre mediados del siglo II a.C., siendo posterior a la Ley Furia y anterior a la Ley Cornelia.

Más tarde, la *manus iniectio* concedida al *sponsor* se sustituyó por la *actio depensi*, no pudiendo invocarse esta acción por los restantes *adpromissores*, aunque esta ley siguió conservando algunos privilegios (128).

En las relaciones obligatorias ya se aplicaba la *fideiussio* pero seguía sin existir una reglamentación específica. Al efecto de cubrir esta laguna, la Jurisprudencia definió la relación existente entre el deudor y el fiador, entendiendo que, el que interviniera en la relación establecida entre acreedor-deudor con la finalidad de prestar un servicio al deudor, a todos los efectos, era un mandatario.

Esta solución resultaba tan favorable al fiador que Marcelo y Ulpiano (129) conceden la *actio utilis* al mandante cuando éste hubiera pedido una remuneración pecuniaria. Incluso otros autores llegan a proveerle de una acción aún habiendo intervenido en el cumplimiento de la relación obligatoria principal, a pesar de la prohibición del deu-

(127) En un fragmento de las *Disputationes* de Ulpiano publicado por LENEL en 1904 se lee: «*In Furia Lege spectamus, ubi sponsor acceptus est, non ubi obligationem contracta, cui sponsus accedit. Denique ex duobus sponsoribus, quorum alter in Italia alter in provincia acceptus est, cum demum relevat qui Italicus est*». Este texto demuestra también que la Ley Furia estuvo vigente durante el siglo III d.C., a pesar que se creyó que en tiempo de Cicerón ya estaba derogada.

(128) Por ejemplo, se condenaba al deudor que negaba su deuda, a pagar el doble de la misma, *satisdatio iudicatum solvi*. *Vadimonium* de similar valor al del litigio.

(129) D.17,1,6,2. (Ulp. 31 ad ed.): «*Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio*».

dor. Es importante destacar que todos los autores concurren en atribuirle la *actio mandati contraria* para que pudiera reembolsarse por lo que pagó.

Si la intervención era espontánea era imprescindible averiguar si se realizaba con ánimo de liberalidad. De ser así, el fiador carecía de acciones puesto que se presumía que había obrado *animus donandi*. En caso contrario, se equiparaba al fiador a un gestor de negocios ajenos y se le facultaba para el ejercicio de la *actio negotiorum gestorum*.

La forma de actuación del fiador se basaba, en consecuencia, en la existencia o no de interés (servicio) en la satisfacción de la obligación principal. Ello dará lugar, según haya ánimo de lucro e interés en el cumplimiento de la obligación, a la consideración de su actuación como una gestión de negocios ajenos o un mandato.

El ejercicio de las acciones de que disponía el fiador estaba sujeto al cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. Haber pagado la deuda previamente asumida.
2. Que el deudor hubiera quedado liberado por el pago del tercero.
3. Que el pago se hubiera efectuado después del vencimiento de la obligación.
4. Que previamente el deudor hubiera tenido conocimiento del pago del fiador para poder oponer, de estimarlo conveniente, las acciones y excepciones que obraran en su poder para negarse al pago.

6.4.— Extensión de las excepciones del deudor al garante

La doctrina romanística quiso explicar este punto utilizando varios recursos. Uno de ellos fue el basado en la accesoriedad de la garantía; otro, en la admisión del principio introducido por obra de la Jurisprudencia, apoyado fundamentalmente en el regreso (130) y finalmente en la idea de que el Pretor no había podido ignorar la diferencia entre *sponsio*, *fidepromissio* o *fideiussio*.

Los juristas clásicos se hallaban divididos sobre esta cuestión. La Jurisprudencia jugó un papel relevante en relación con las excepciones y en la pluralidad de criterios en orden a su extensión, negando cualquier diferencia de régimen entre la *sponsio* y la *fidepromissio* de un lado y la *fideiussio* de otro. Con ello se subraya la importancia de las garantías personales y de la estructura de la obligación solidaria en relación con la principal, restando importancia a la consideración del regreso (131).

(130) APPLETON, «Les lois romaines sur le cautionnement», *cit.*, pp. 40 y ss.; TRIANTAPHYLLOPOULOS, «La législation romaine sur...», *cit.*, p. 507.

(131) TALAMANCA, *ibidem* y DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», *cit.*, pp. 233 y ss.; RAVAZZONI, «Novissimo Digesto Italiano», *voz Regresso*.

Los autores se dividieron a la hora de entender que estas tres instituciones se regían por el mismo sistema. Así pues, desde formulaciones distintas llegaron a la conclusión de que la *fideiussio* se aparta de la *sponsio* y de la *fidepromissio*. Esta conclusión, ya adelantada en páginas anteriores, es común a todos los autores, que, con carácter genérico, se basan en la accesoria de la obligación de garantía, mientras que para la *sponsio* y *fidepromissio* las excepciones del deudor son marginales y con un fundamento distinto cifrado en el regreso del *sponsor* o del *fidepromissor* (132).

De Martino (133) mantiene que la Jurisprudencia clásica distinguía únicamente entre excepciones personales y excepciones *ex re* (134). Los juristas se basaron principalmente en la naturaleza solidaria de la *adpromissio* y en su función de garantía, que es reforzar el derecho de crédito. Por eso, independientemente de la existencia de la acción de regreso negaban la extensión de la *exceptio pacti*, dado su carácter rigurosamente personal, mientras que admitían la *exceptio doli*; la *exceptio quod metus causa*; la *exceptio rei iudicata vel in iudicium deductae* y las que se derivaban de una prohibición legal como la *exceptio legis Cinciae* y la *exceptio legis Laetoria*.

La finalidad era tender a una sistematización unitaria de las garantías, dando prevalencia a los caracteres comunes y a la solidaridad sobre las excepciones.

En el Derecho Justiniano falta una orientación segura. En declaraciones generales se afirma que las excepciones se extienden al fiador; así en D. 44, 1, 10 (Mod. 12 resp.); D. 44, 5, 1, 8 (Ulp. 76 ed.) y C. 8, 35, 11. (a.294), mientras explícitamente quedó dicho en I, 4, 14. y en D. 44, 1, 7. (Paul. 3 ad Plaut.) que algunas excepciones no se aplicaban al garante.

(132) Las excepciones, por ejemplo, eran: La *exceptio* por falta de causa en la *stipulatio* y la *exceptio legis Cinciae*; la *exceptio non numeratae pecuniae* o la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, en las que además se producía el efecto extintivo de la *litis contestatio*.

(133) DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», vol. I, Roma, 1940, *cit.*, p. 36; BUCKLAND, «Les limites de l'obligation du...», *cit.*, pp. 117 y 118. En la práctica no se respetaron las formas típicas de la *fideiussio*. Se desprende de C. 6, 38, 3 en la que Justiniano declara que la caución no es la *fideiussio*; lo que es equivalente a decir que se debía especificar que una promesa se hacía para cumplimentar las exigencias de la *fideiussio*.

(134) Así, en D.44,1,7,pr.-1. (Paul. 3 ad Plaut.): «*Exceptiones. quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem "quod facere possit" vel parens patronusve, non competit fideiussori: sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur. I Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt ...*».

Señala De Martino (135), que es importante destacar que los compiladores, en los textos que contenían declaraciones de principio, no fundamentaron la extensión de las excepciones al garante sobre el derecho al regreso, si bien servían particularmente para los *pacta* como se menciona en I.4,14,4.

«*Exceptiones autem quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fideiussoribus eius: et recte, quia, quod ab his petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est eis, quod hi pro eo solverint. Qua ratione et si de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit proinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati essent, ac si et cum ipsis pactus esset, ne ab eis ea pecunia peteretur*». (Trad. Mas las excepciones por las que se defiende un deudor, suelen darse las más de las veces también a sus fiadores; y con razón, porque lo que de ellos se pide, parece pedirse del mismo deudor puesto que por la acción del mandato habrá de devolverles lo que por él hubieren ellos pagado. Por cuya razón, si alguno hubiere pactado con el deudor no reclamarle la cantidad, se estableció que debía auxiliarse con la excepción del pacto convenido también a aquéllos que por él se hubiesen obligado, del mismo modo que si también con los mismos hubiese pactado, que no se exigiría de ellos la cantidad.

De la lectura de este fragmento extrae Frezza (136) tres enseñanzas que se apartan de la tesis mantenida por De Martino. En primer lugar, el fundamento de la extensión al fiador de las excepciones del deudor está en el derecho de regreso del fiador frente a éste. En segundo lugar, que la jurisprudencia había decidido extender como norma al fiador la excepción que nace de un *pactum de non petendo*. Y por último, que normalmente no se extienden al fiador aquellas excepciones de las que puede beneficiarse el reo «senza che possa prospettarsi la possibilità di rivalsa contro el reo del garante condannato» (137).

(135) DE MARTINO, *Nov. Digesto Italiano*, T. 8, *cit.*, p. 274 y bibliografía, nota 1; COLLINET, «Le pseudo-bénéfice de division des débiteurs solidaires romains», en *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, T. I, *Diritto Romano e bizantino*, V., XVII, Padua, 1934, pp. 273 a 289.

(136) *Op. cit.*, p. 97.

(137) Después de un estudio pormenorizado de cada una de las excepciones, y tras afirmar que el pacto es por excelencia el instrumento de la manifestación de voluntad de un sujeto, FREZZA concluye: «In sintesi, possiamo dire che la storia dell'unificazione del regime della comunicazione allo *sponsor* ed al *fideiussor* delle eccezioni del reo principale, è, sotto il profilo tecnico-giurirco, la storia della . autonomizzazione. della obbligazione del *fideiussor*, e della comunicazione degli effetti del *pactum de non petendo* a soggetti altri dai paciscenti», *op. cit.*, p. 126.

6.5.— Forma

Respecto a la forma, su naturaleza verbal decae en la época postclásica, inmediatamente después del decaimiento de la *stipulatio*.

C.8,40,27,1-2.: «*Sancimus itaque, nisi confessio litteris exposita fuerit a fideiussoribus ex repraesentatione personarum, licet attestatio super hoc praecesserit, attamen adhuc sine scriptis esse fideiussionem, videlicet in causi privatis, existimari et duobus mensibus effluentibus ab huiusmodi nexu fideiussores liberari, nisi in tempus certum data est fideiussio: tunc enim in tantum eam extendi in quantum etiam attestatio fuerit expressa. 2 Sin autem publica causa interveniat, tunc omnimodo attestationem pro scriptura haberi...*» (a.531) (Trad. Así pues, mandamos, que si no se hubiera hecho por escrito la confesión por los fiadores de la representación de las personas, aunque respecto a ello hubiera precedido atestado, se estime, sin embargo, que aun siendo sin escrito la fianza, ciertamente, en las causas privadas, quedan libres, transcurridos dos meses, de tal obligación los fiadores, a no ser que la fianza haya sido dada hasta un cierto tiempo; porque entonces ésta se extiende a tanto tiempo para cuanto también se hubiera hecho el atestado 2. Mas si mediara en causa pública, en este caso sea de todos modos considerado el atestado como escritura...).

No se tiene certeza de que la forma escrita tuviera un valor *ad substantiam* o *ad probationem*. De una parte, porque sólo la fianza producía efectos sin límite de tiempo, ayudando a que la forma pareciera un elemento sustancial. De otra, porque se admiten subrogados en la forma, por ejemplo, en la *confessio litteris* o en la *fideiussio ad tempus certum* o en la *attestatio*, que induce a pensar que la forma escrita se pedía única y exclusivamente con la finalidad de acreditar que existía un medio documental (138).

6.6.— Relaciones entre deudor-garante: El *beneficium excussionis*

Las consecuencias de la Constitución Adrianea, aplicada desde sus inicios con un criterio amplio, se recogieron en el derecho Justiniano, el cual introdujo el *beneficium excussionis* que es el equivalente al derecho que tiene el fiador de exigir que el acreedor se dirija en primer lugar contra el obligado principal, salvo que aquél fuera insolvente o ausente.

(138) Para ampliación de este punto, TALAMANCA, *N.E.D.*, cit., p. 334, n. 96.

Esta sistemática superaba la antigua naturaleza solidaria de la *fideiussio*. Tras él, al fiador sólo se le podía reclamar la obligación contraída en caso de insolvencia total o parcial del deudor.

7.— EL *BENEFICIUM CEDENDARUM ACTIONUM*

Los Jurisconsultos reconocían al *adpromissor* que pagaba la deuda la facultad de solicitar del acreedor que le cediera las acciones que ostentaba frente al deudor principal. Esta facultad se denominó *beneficium cedendarum actionum*.

Esta cesión de acciones constituía, en opinión de algunos autores, un reforzamiento a la autónoma acción de regreso, diferenciándose de aquélla en que además permitía configurarla con especiales garantías (139).

Se distinguía de la *actio mandati* en que se concedía en atención a la relación establecida entre garante y acreedor mientras que aquélla derivaba del vínculo entablado entre garante-deudor.

En cuanto a su forma, la cesión de acciones constituía al cesionario como representante procesal (*cognitor* o *procurator*) del cedente, con la particularidad de que en la fórmula prestada por el cesionario, recaía en la *intentio* el nombre del cedente y en la *condemnatio* el del cesionario (140).

Su contenido se centraba en asegurarle al garante la misma posición procesal que ostentaba el acreedor contra el deudor.

La cesión de las acciones se podía efectuar voluntaria o coactivamente. Dentro de esta última hay que distinguir dos supuestos:

7.1.— Cesión de las acciones al garante contra el deudor

En relación con este punto cabe citar algunos textos en los que se prescribía la obligación del acreedor de ceder sus acciones al garante, aunque éste siguiese manteniendo su derecho de regreso contra el deudor principal y recibiendo del acreedor las garantías reales que disfrutase. Estos fragmentos son:

D.46,1,36. (Paul. 14 ad Plautium).: «*Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodadmodo*

(139) MERLO, «La surrogazione per pagamento», Padova, 1933, p. 1.

(140) Gai. 4,86.

nomen debitoris vendidit "et ideo habet actiones, quia teneatur ad id ipsum, ut praestet actiones"». (Trad. Cuando el que tiene un deudor y unos fiadores cede sus acciones a uno de los fiadores mediante el pago de una cantidad, podría pensarse que estas acciones ya no existen, una vez que él ha cobrado lo que se le debía, y que todos han quedado liberados por ese pago, pero no es así, porque no es cobrar lo que hace, sino que, en cierto modo, ha vendido su crédito y por eso conserva las acciones, pues está obligado precisamente a entregar estas acciones) (141).

D. 17,1,45,5. (Paul. 5 ad Plautium).: «*Quotiens autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa, non dandi tenebitur reus; et est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti cogimur eam praestare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemur*». (Trad. Pero en los casos en que dijimos que puede demandarse por el mandato antes del pago del dinero, el mandante queda obligado a hacer y no a dar, y es justo que así como estamos constreñidos por la acción del mandato a ceder la acción que adquirimos por un mandato, así también, si quedamos obligados por la misma causa, podamos ejercitar la acción de mandato para obtener la liberación) (142).

Se observa como en el segundo de los textos, D. 17, 1, 45, 5., no se contempla la hipótesis de la fianza sino la del mandato de crédito. Sin embargo, en el derecho justiniano no se puede mantener, a pesar de los textos expuestos, que se siga la misma regulación del *beneficium cedendarum actionum* en ambas figuras, y aún menos se puede deducir (143) que después de la introducción del *beneficium excussionis* se extienda al fiador el *beneficium cedendarum* que correspondería al *mandator pecuniae credendae* (144).

(141) Se trata de un fragmento sobre cuya autenticidad numerosos autores han manifestado sus dudas; especialmente por lo que respecta al párrafo final. Así, por ejemplo, ALBERTARIO, «L'uso classico e l'uso giustiniano di "extorquere"», en SZ. 32 (1911), p. 317 n. 1. En general, ver Index Interp.

(142) Este texto ha sido considerado no genuino, entre otros, por DONATUTI, (*Studi di Diritto Romano I*, Milán 1976, p. 289) quien, por otra parte, considera sospechoso también el párrafo 4 del mismo fragmento.

(143) D. 46, 1,13 (Iul. 14 dig.): «*Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: Sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. cet*». Se aleja del anterior, en que se expone una hipótesis de cesión de las acciones del acreedor al garante contra el deudor.

(144) FREZZA, *op. cit.*, p. 182.

El único texto en que se habla de cesión de acciones del acreedor al *fideiussor* es el de Paulo D. 46, 1, 36. En el texto citado se observa que todo acreedor, que cede sus acciones después de haber sido resarcido por parte de uno de los fiadores, transmite acciones inexistentes dado que el pago al acreedor extingue la obligación y consiguientemente la deuda. Pero ello no sucede así porque simultáneamente dicho pago supone también una venta de la titularidad del deudor *nomen debitoris* (145). Se trata de una cesión voluntaria, por tanto, no coactiva, lo que demuestra que la cesión se realiza mediante un proceso contra el fiador, en que se produce un pago voluntario seguido de la cesión de acciones del *accipiens* (146). Un supuesto de cesión coactiva lo encontramos en un rescripto del año 207 de los emperadores Severo y Antonino:

C.8,40,2,pr.: «*Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverint. Quod cum faciat debet ius pignorum in eum transferre*». (Trad. Al acreedor que por una misma deuda recibió prendas y fiador, le es lícito, si lo prefiere, demandar al fiador por la cantidad por la que se hubiere obligado. Y cuando hace esto debe transferirle a aquél el derecho de las prendas).

Se aprecia pues, claramente, la diferente forma de expresarse utilizada en uno u otro supuesto. Mientras que en el fragmento de Paulo se habla de «... *accepta pecunia praestat actionem* ...», en el rescripto poco antes citado, se señala que «... *debet ... in eum transferre*».

Así como la función de la *actio mandati contraria* servía de instrumento para resarcir al garante que había pagado, la cesión de acciones desempeñó la función de subrogar al garante que había satisfecho el crédito en las garantías reales que reforzaban la relación crediticia.

7.2.— Cesión de acciones al garante contra el resto de cogarantes

Como ya quedó expuesto, la Ley Appuleia había concedido beneficios para el coobligado que pagaba por varios *sponsors* o *fidepromissores* más de la porción que le correspondía a fin de que pudiera obtener el reembolso de los otros coobligados. Tampoco existía, en tiempos de Gayo, otra posibilidad que la ofrecida en la *Epistula divi Hadriani*, de dividir el gravamen entre los cofiadores solventes en el momento en que el acreedor presentara la demanda.

(145) Ver, LEVY, «Sponsio...», *cit.*, pp. 205-207; SEGRÈ, «Corso di diritto romano», I, Torino, 1929, pp. 198 y ss.

(146) CAMPOGRANDE, «Trattato della fideiussione nel diritto odierno», Turín, 1902, p. 4.

Gayo no menciona otros recursos para regular estas relaciones. La imposibilidad de acceder al regreso se afirma como principio general en C.8,40(41),11. (a.229) (147), por lo que *a contrario sensu* cabe interpretar que no se dará en relaciones en las que existan pluralidad de garantes pero no obligados de manera solidaria (es el supuesto en que no puede aplicarse el beneficio de la división *ex epistula divi Hadriani*, donde hay pluralidad de obligados sin relación entre ellos).

«*Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfacit, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita actum est, cessis actionibus uti poteris*». (Trad. Cuando uno de los fiadores pague por completo la deuda, no le compete acción contra el que afianzó junto con él. Pudiste ciertamente al pagar al fisco, pretender que se te transfiriese el derecho de prenda que tuvo el fisco, y si esto se hizo así, podrás ejercitar las acciones cedidas. Lo que se ha de observar también respecto de las deudas privadas).

7.3.— Relación del *beneficium cedendarum* con el *beneficium divisionis*

Entre ambos beneficios debió existir un conflicto de competencias. En este sentido, Juliano (148) entendía que al fiador que renunciaba al *beneficium divisionis* se le protegía con la cesión de acciones del acreedor, lo que podía entenderse como que el *beneficium cedendarum* era una alternativa que permitía al fiador sustituir voluntariamente el *beneficium divisionis*.

En las fuentes se conserva un único caso en el que el ordenamiento jurídico no concede al garante obligado solidariamente el *beneficium divisionis* sustituyéndolo coactivamente por el *cedendarum actionum*. Dicho texto de Papiniano (149) seguido de una glosa, suspende el

(147) Otro ejemplo que se encuentra en las fuentes es el de la cesión de la *condictio indebiti* del deudor principal, después de haberle pagado al garante, siempre que este último lo hubiere realizado omitiendo informar al deudor de su comportamiento, FREZZA, *op. cit.*, p. 182.

(148) D.46,1,17. (Iul. 89 dig.): «*Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomine*».

(149) D. 46, 6, 12 (Pap. 12 quaest.): «*... ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupilo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur*».

beneficium divisionis al cofiador de un tutor. Este párrafo al que se hace referencia se valora como una norma excepcional que deroga la regla general de máxima protección a los intereses del pupilo (150).

8.— PLURALIDAD DE FIADORES

El principio general era que los cofiadores se obligaban solidariamente, de forma que el acreedor pudiera reclamar la deuda a uno cualquiera de ellos, como si se tratara de una caución única. De esta manera, el acreedor se podía resarcir por la totalidad de la deuda procediendo sucesivamente contra todos los *mandatores pecuniae credendae*, porque la *litis contestatio* de uno no liberaba a los otros de su responsabilidad.

Antes de la reforma justiniana, en el supuesto de haber estipulado una *adpromissio*, en el caso de que se procediese contra uno de ellos, quedaban liberados los restantes deudores subsidiarios. A partir de entonces no. Sin embargo, en todas las épocas, cualesquiera que fuera la forma de compromiso, el acreedor podía elegir el obligado accesorio al que dirigirse, sin tener en principio obligación de dividir el *quantum* de la obligación.

Sobre este punto se operaron dos cambios sucesivos: Uno en tiempos de la República y otro en el Principado.

Como se indicó en epígrafes anteriores, la primera reforma que se operó tuvo lugar con la *Lex Furia* (151), que dispuso que la insolvencia o fallecimiento de uno de los cogarantes perjudicaba al acreedor y no al resto de obligados (152).

(150) Otra confirmación de la configuración del *beneficium cedendarum* como alternativa del *beneficium divisionis* en relación con la tutela. Así, D.27,3,1,11.13 (Ulp. 36 ad Ed.). Ver en FREZZA, *op. cit.*, pp. 186-187, las consecuencias resultantes de la comparación entre los textos de Modestino y de Ulpiano citados.

(151) Según testimonio de GAYO (Gai. 3,122), esta Ley posterior a la Appuleia, se promulgó cuando ya existían las provincias. En opinión de GIRARD, (*op. cit.*, p. 770, n. 4) es anterior a la Ley Ebucia basándose para ello en que produjo el nacimiento de una *manus iniectio pro iudicato* en lugar de dispensar el pago de la deuda. En terminología de Gayo tiene que ser anterior a la Ley Vallia que transforma todos los supuestos de *manus iniectio*, excepto dos, si se trata de *manus iniectio pura*.

(152) La interpretación de Gayo 4, 22 es que la Ley Furia de *sponsu* establece una *manus iniectio pro iudicato adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset*; sin duda contra aquel que hubiera obtenido judicialmente del fiador más de lo correspondiente a su parte. Conclusión evidente es (GIRARD, *op. cit.*, p. 771) que el acreedor que reclama el *quantum* total a un fiador no realice una *plus petitio* para obtener judicialmente el pago; únicamente como consecuencia de dicho pago, el fiador tendrá la *manus iniectio* como acción de repetición contra el acreedor. Lo que demuestra que (GIRARD, *ibidem*) el texto de GAYO 3,121 se refiere únicamente al período de tiempo que dure el procedimiento formulario, en el que el *sponsor* tiene facultad de poner las excepciones pertinentes para oponerse al pago. Autores contrarios a la opinión formulada Cfr. GIRARD, *ult. op.cit.*, n. 1.

La escasa aceptación que tuvo entre los acreedores fue el motivo por el que probablemente se redactara la Ley Cicereia; Ley que con bastante probabilidad fue la que introdujo la *fideiussio* (153).

La segunda modificación, que se introdujo mediante el rescripto de Adriano (154), concedía a los fiadores solventes el beneficio de división, al mismo tiempo que los dispensaba de adelantar la cuota correspondiente al resto de fiadores. Simultáneamente con este rescripto se intentaba proteger mejor a los acreedores. Se pretendía, por tanto, conciliar el interés del acreedor y el de los fiadores responsabilizándolos de su insolvencia recíproca, pero dispensándoles de pagar más de la parte que le correspondía a cada uno en situación de solvencia (155).

Este beneficio sólo se concedía a los cofiadores, incluso de provincias, que habían entablado una demanda (156). El cofiador que no procediere de este modo no podía dirigirse después contra el acreedor, puesto que carecía de acción contra él (157). Asimismo, este beneficio se podía denegar al fiador considerado indigno porque había rechazado la deuda o su compromiso de ser fiador de un tutor o de una mujer (158).

Los efectos variaban según los casos: Si el acreedor reconocía la solvencia de los fiadores, el Pretor le entregaba contra cada uno de ellos una acción comprensiva únicamente de su parte. Si el fiador era solvente y se le demandaba por la totalidad, el fiador no podía pedir la división sin que el resto soportase a su cargo los riesgos y sin garantizar su fianza. Si el acreedor no aceptaba esta proposición, el Pretor le concedía una acción por el *quantum* total del débito, pero insertando en la fórmula la excepción si *non et illi solvendo sint* (159).

Como cuando pagaba el fiador no estaba implícitamente donando al deudor el valor de lo pagado, se le concedía el derecho de hacerse reembolsar la cantidad expedida por el afianzado.

(153) Ley que implantó bajo pena de nulidad que se hiciera pública una lista con el número de acreedores y el montante del crédito.

(154) El término se refiere a los sujetos comprometidos por la *fideiussio*.

(155) La obligación, de todos modos, no se divide *ipso iure* entre los cogarantes. En caso de ruina o muerte de uno de ellos sin dejar herederos, su parte se carga sobre los otros fiadores. (D. 46,1,26. Gai. 8 ed. prov.).

(156) Apartándose de lo regulado por la Ley Furia.

(157) El principio general que afirmaba la inexistencia de regreso entre cofiadores venía establecido en C. 8,40,11, pr.: «Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit» (a.229). También, en D.46,1,39. (Mod. 2 reg.). FREZZA (*op. cit.*, p. 184) argumenta a contrario «dove vi sia pluralità di garanti ma non coobligazione (ossia nell'ipotesi di piú garanti che si siano obbligati l'uno independentemente dall'altro, nella quale ipotesi non trovava luogo il beneficio deLLa divisione ex epistula divi Hadriani) ivi esista la possibilitá di dare al garante che ha pagato un mezzo di rivasa contro gli altri garanti».

(158) Ampliación de este punto en GIRARD, *op.cit.*, p. 773, n.2 y p. 772.

(159) CUQ, *op. cit.*, p. 652.

9.— REGRESO DEL GARANTE

9.1.— Orígenes

Existe desde una época muy antigua. Incluso se han encontrado vestigios de esta institución en civilizaciones anteriores. En el Derecho Romano aparece en la época más arcaica (160) de las garantías personales con la *actio depensi* para beneficiar al *sponsor*, que permanecerá durante el transcurso de las distintas épocas romanas como única acción de regreso, en opinión de Talamanca (161). Su ámbito de aplicación, sin embargo, se limitó a la *sponsio*, lo que, consiguientemente, abre un interrogante respecto a su aplicación en la *fidepromissio* y *fi-deiussio*.

La Jurisprudencia no reconocía el derecho de regreso al garante que cumplía la obligación del deudor principal pero reconducía el tema a los principios que regulaban la gestión de negocios ajenos y el mandato (162). Si la garantía había sido asumida por encargo del deudor principal, el garante tenía opción a ejercitar la *actio mandati contraria* mientras que si no existía encargo ni hechos que excluyeran totalmente la posibilidad del regreso, el garante quedaba legitimado al ejercicio de la *actio negotiorum gestorum contraria* (163).

No parece probable que se pueda contar en el derecho clásico con el *beneficium cedendarum actionum* (164) como un medio de defensa del garante o de los cofiadores. Ahondando en esta idea, Frezza ha destacado la inexistencia de textos relativos a dicho beneficio en materia de estipulaciones pasivamente accesorias (165).

9.2.— Fundamento

El fundamento del derecho de regreso se encontraba en el nexo interno que unía al garante con el deudor principal (166). La relación

(160) ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni di Diritto Romano», Nápoles, 1945, p. 404.

(161) TALAMANCA, *op. cit.*, p. 337.

(162) ÁLVARO D'ORS, *op. cit.*, p. 512 que amplía incluso la relación a la sociedad.

(163) En ambas ocasiones son requisitos indispensables la buena fe y que el garante se comporte con la debida diligencia.

(164) Dicho beneficio se introdujo con la finalidad de extender el derecho de regreso cuando no se podía utilizar ni la *actio mandati* ni la *negotiorum gestorum*. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 407.

(165) FREZZA, «Le garanzie delle obbligazioni», *cit.*, pp. 181 y ss.

(166) Al respecto CAMPOGRANDE, «Trattato della fideiussione nel diritto odierno», Turín 1902, p. 436.

existía como mera relación social, desprovista de calificación jurídica, con su base en la dependencia económico-social que existía entre garante y deudor.

Sobre estas ideas se han interpretado algunos testimonios literarios de Cicerón y posteriormente de las *declamationes* que se atribuyeron a Quintiliano en las que se pone de manifiesto la inconveniencia de cobrar una deuda a los *sponsors* en lugar de al obligado principal.

Uno de los testimonios de las reflexiones jurídicas del contenido social de la relación entre garante y deudor principal lo constituyó la *Tabula Heraclensis (Lex Julia Municipalis)*, que ordenaba a la Magistratura Municipal que el deudor que hubiera expuesto a sus garantes a pagar por él no pudiera después ser amparado por ella.

También se consideraba inmerso en delito de injurias al acreedor que reclamaba el pago a los fiadores, cuando el deudor principal estaba dispuesto a pagar diligentemente. Esta idea la recogió Gayo en un texto referido, en opinión de Frezza, a los *sponsors* primordialmente, aunque incluye a los *fideiussores* (167).

Según el autor citado (168), la peculiar vinculación económico-social de la relación entre deudor principal y garante se explica como el primer reconocimiento del derecho de regreso que se encuentra en el desarrollo histórico de las formas de garantías personales de la obligación, en la cual, el derecho de regreso se configuraba al margen de la existencia de una relación jurídica interna entre garante y obligado principal. En esta configuración, el derecho de regreso aparece como correspondiente a la misma estructura de la relación de la garantía personal de la obligación (169).

La relevancia de su opinión, es que, por vez primera, considera que el regreso es inherente a la relación misma de fianza. No interesa cómo se estipuló dicha relación: establecer una relación obligatoria de fianza implica aceptar el regreso.

Este derecho, que prosigue al nacimiento de la relación obligatoria se va concretando a través de leyes y acciones citadas anteriormente.

La primera Ley que estableció una acción protectora del fiador fue la Ley Publilia que concedió al *sponsor* una *manus iniectio*, si no se le hubiere reembolsado lo que satisfizo en el pago de seis meses.

La Ley Appuleia establecía una especie de sociedad entre los *sponsors* o *fidepromissores* de un mismo débito. En concreto, concedía al garante, que había pagado más de lo que le correspondía o la totalidad de una deuda, una acción para dirigirse por lo que debían haber satisfecho los demás contra aquéllos.

(167) D,47,10,19. (Gai. 22 ae ed. prov.) «*Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriam tenetur*».

(168) FREZZA, *op. cit.*, p. 160.

(169) Dicha afirmación no es tan categórica en cuanto a su origen.

Ambas leyes consideraban este derecho de regreso parte integrante de la estructura jurídica de la relación de garantía. El garante obtenía *ope legis* esta acción cuando se obligaba sin entrar en el modo de constitución de la relación obligatoria.

Estas dos formas se consideraban las más antiguas aplicables a la *sponsio* y *fidepromissio*. Posteriormente apareció una tercera modalidad para beneficiar también al *fideiussor* que es la *actio mandati contraria*, acción propia de la compilación Justiniana. Sin embargo, la aparición de esta última no es óbice para que pudieran seguir aplicándose las originarias (170).

Lo expuesto implica la existencia *ope legis* del derecho al regreso desde el momento en que se pagó; por tanto, lo que justificaba este derecho es la intervención del fiador.

El regreso convencional acabó por suplantar al regreso *ope legis* por razones evidentemente de tipo práctico puesto que el regreso convencional se adaptaba mejor para regular situaciones accesorias o marginales, que requerían una forma negocial más elástica que la que resultaba de la legal.

Esta consideración del regreso convencional sirvió para encuadrar en él la relación de mandato entre deudor y fiador con la condición de que el primero no se opusiera a la intervención del fiador o no hubiera ignorado el pago del tercero.

D. 17,1,53. (Pap. 9 quaest.): «*qui fides alteris pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec ne movet, quod pecunia fideiussor reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas*». (Trad. El que por mandato de uno se hizo fiador de otro que se hallaba presente y no lo recusó, tiene obligados a ambos por derecho de mandato. Pero si se hizo fiador de uno contra su voluntad o ignorándolo, por seguir el mandato de otro, puede demandar solamente al que mandó, no también al deudor. Y no me convence de otra cosa la consideración de que el deudor quede liberado con la cantidad que paga el fiador, pues lo mismo ocurre cuando pagas por otro siguiendo mi mandato).

(170) El propio GAYO, 3,127, lo sostiene: «*In eo quoque per omnium causa est (sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum), quod si quid pro reo solverint, eius recipiendi gratia habent eum eo mandati iudicium. Et hoc amplius sponsores ex lege Pubilia propriam habent actionem in duplum quae appellatur depensio*».

9.3.— Ejercicio de la acción

El garante debía obligarse de manera voluntaria (171). Caso contrario, el garante obligado no tenía derecho al ejercicio de la acción de regreso.

Segrè (172) mantiene que la ignorancia, ya sea de hecho o de derecho, no suprimía el vicio de inexistencia para el ejercicio de la acción de regreso. En cambio, para Frezza (173) esta formulación es errónea puesto que la distinción entre *ignorantia iuris* e *ignorantia facti* tiene un asidero fuerte en el pensamiento jurídico romano.

Distingue el último autor citado entre ignorancia de la invalidez del propio vínculo obligatorio, en cuanto referido a la relación entre el vínculo *fideiusorio* y el principal (por ejemplo que sea nula la fianza porque se extinguió *in duriores* o *in aliam causam*) y entre la ignorancia de las normas que convierten la relación obligatoria en ineficaz en sí misma (ejemplo de ello podría ser que se entable una garantía personal por valor superior a veinte mil sestericios según lo fijado por la Ley Cornelia...).

Aunque Segrè utiliza para justificar su exposición un texto de Pomponio, Frezza lo menciona en sentido opuesto del apuntado por aquél (174). Este último autor considera de clásica la norma en virtud de la cual, el garante que desconociese por *ignorantia facti* la validez de su relación, podía ejercitar, siempre que hubiera pagado, la *actio mandati contraria* contra el deudor principal.

El segundo requisito que se precisaba para el ejercicio de la acción de regreso era el conocimiento de las excepciones que podían alegarse en juicio contra el acreedor (175), basado en un deber recíproco de

(171) D. 17,1,29,1 (Ulp. 7 disput.): «*Non male tractabitur, si, eum ignoraret, fideiussor inutiliter se obligatum, solverint, an mandati actionem habeat, et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia eius potest, si vero ius, aliud dici debet*».

(172) SEGRÈ, «Corso di Diritto ...», cit., p. 168.

(173) FREZZA, op. cit., p. 168.

(174) D. 22,6,3,pr. (Pomp. 3 ad Sab.): «*Plurimus interest, utrum quis de alterius causa et facto non iure suo ignora (re)it*».

(175) D. 17,1,29,pr. 2-4 (Ulp. 7 disput.): «*Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod soverit, quaeritur et si quidem sciens praetermiserit exceptionem (vel doli non numeratae pecuniae), videtur dolo versari (dissolute enim negligentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei im utatur, pari ratione et si aliqua exceptio debitori competeat, pacti forte conveni vel cuius alterius rei, et ignarus nanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potui enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum. 2. Si, cum debitor solvisset, ignarus fideiussor solverit, puto eum manda, i habere actionem: (ignoscendum est enim ei, si non divinavit debitorem solvisse: debitor enim debuit notum facere fideiussori iam se solvisse creditor obrepat et ignorantia eius circumveniat cutiat ei summam, in quam fideiussit). 3. Hoc idem tractari et in fideiussore*

diligencia y de información entre el garante y el deudor principal. Si el fiador no respetaba esta carga perdía el derecho al ejercicio de la acción de regreso. Si por el contrario, el que no lo respetaba era el deudor principal, se exponía a tener que pagar dos veces la deuda.

Igualmente, en el caso de que el deudor dispusiese de una *actio mandati directa* contra su obligado, si hubiere notificado la extinción de la obligación en la forma convenida, no dispondría del regreso si no hubiera cumplido con el deber de informar en el momento de saldar su deuda.

Mucius Scaevola matizó algunas circunstancias que se han conocido a través de Celso (176). Si el *sponsor* —parece que Celso no conoció la *fideiussio*— avisado por el deudor conscientemente pagó capital e intereses, aunque hubiera omitido la obligación de impugnar los intereses para proteger su buen nombre, por la importancia de la *fides* en las relaciones entre deudor y *sponsor*, no decaía el derecho del que garantizaba una obligación aunque conscientemente hubiera omitido la oposición al acreedor de una excepción dilatoria.

Los autores postclásicos apoyándose en la opinión de Mucius Scaevola sostuvieron que el garante no podía omitir ninguna de sus excepciones personales, excepto la *minus honestae*; si lo hiciera incurría en la pérdida de su derecho de regreso.

A lo manifestado anteriormente debe también añadirse que el compromiso que asumía el *sponsor* o *fidepromissor* en ningún caso podía ser de carácter condicional por lo que siempre quedaba obligado al pago de la deuda por la que se comprometió (*idem*). Tiene su importancia, a raíz de que quedan sometidos a la regla según la cual no se puede actuar en dos procesos ostentando un único derecho.

Los jurisconsultos intentaron remediar esta situación mediante expedientes para evitar que el acreedor sufriera los efectos de la *litis contestatio*.

potest, si, eum solvisset non certioravit reum, sic deinde reus solvitur quod solvere eum non oportebat, et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori; cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur. 4. Quaedam tamen etsi scieus omittat fideiussor, care fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit (sive scieus sive ignarus): de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare».

(176) D. 17,1,48,pr. (Celsus 7 dig.): «Mucius Scaevola ait, si quis sub usuris creditam pecuniae fideiussisset et reus in iudicio conventus cum recusare vellet sub usuris creditam esse pecuniam et fideiussor solvendo usuras potestatem recusandi eosreo sustulisset, eam pecuniam a reo non petiturum, sed si reus fideiussori denuntiasset, ut recusaret sub usuris debitam esse nec is propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita solverit, a reo petiturum, hoc bene censuit Scaevola: parum enim fideliter facit fideiussor in superiore concasu, quod potestatem eximere reo videtur suo iure uti: Ceterum in posteriore casu non oportet esse noxae fideiussori, si pericisset pudori suo».

El primer recurso que utilizaron fue redactar el contrato de forma que el procedimiento contra una de las partes no extinguiera la obligación y que no se pudiera actuar contra el fiador mas que después de haber sido infructuosas las actuaciones contra el deudor principal.

Otro procedimiento era el de evitar que se procediera en primer lugar contra el fiador, si sabiendo que el deudor era solvente, el acreedor consentía en proceder contra el deudor principal. Al perseguir a este en virtud de dicho mandato, el acreedor exigía la acción nacida de la *fideiussio*, pero si el deudor no le pagó, tenía contra el fiador una acción derivada del mandato (177).

Un último procedimiento más directo era la estipulación de un pacto entre el acreedor y el deudor en virtud del cual el fiador renunciaba al efecto extintivo de la *litis contestatio*. Este consentimiento incluía el poder acceder a proceder contra el fiador si el deudor principal no pagaba (178).

Con Justiniano se admitían únicamente los casos en que la *litis contestatio* operaba *ope exceptionis*. Partiendo de esta cláusula del año 531, implantó con carácter definitivo la abolición del efecto liberatorio producido por la *litis contestatio* en caso de pluralidad de deudores.

C. 8, 40, 28, pr.: «*Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari*». (a. 531) (Trad).

Mandamos en general, que así como se ha establecido respecto a los mandantes, que hecha la contestación contra uno de ellos no queda libre el otro, así se observe también respecto a los fiadores).

A partir de dicha Constitución, la *litis contestatio* realizada con el deudor principal dejó subsistir el crédito contra el fiador, al igual que había ocurrido con el *mandator pecuniae credendae*. Desde este momento no se encuentra justificación a que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor principal o subsidiario, a no ser que se motive por el carácter de la *adpromissio* (179). Con esta afirmación varía la orientación dada a la *fideiussio*. Desde dicho momento, no se encuentra inconveniente en imponerle al acreedor un orden para hacer

(177) Al respecto GIRARD, *cit.*, p. 709.

(178) Dicha estipulación era nula en el derecho antiguo donde la regla del efecto extintivo era de orden público en cuanto al fondo. Respecto de la forma, el simple pacto no era suficiente para conceder una acción reemplazando la extinguida de pleno derecho.

(179) GIRARD, *op. cit.*, p. 769.

frente a su cobro. Si el deudor es solvente es justo proteger al fiador para que no se proceda contra sus bienes sin causa suficiente, puesto que la función del fiador es respaldar el patrimonio del obligado principal, no respondiendo por él en todo caso, sino exclusivamente en caso de insolvencia, en su doble aspecto de total o parcial. Por ello Justiniano, en prevención de posibles perjuicios al fiador, introdujo en el año 535 el beneficio de orden o de excusión (180).

El último supuesto que resta por analizar es la injusta condena del garante.

D. 46,1,67. (Paul. 3 ad Neratium): «*Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus iniuria iudicis damnatus est: nihil tibi praestabitur iure mandati, quia iniuriam, quae tibi facta est, penes te monere quam ad alium transferi aequius est "scilicet si culpa tua iniustae damnationis causam praebeuisti"*». (Trad. «Como fiador» has sido injustamente condenado por un juez a pesar de haber alegado una excepción que debía favorecerte: nada te deberá «el deudor principal» por derecho de mandato, pues la injusticia que se te ha hecho es más justo que recaiga en tí que no que se transfiera a otro; esto, siempre que hayas dado motivo con tu culpa a la condena injusta que sufres).

Cuyacio señaló que en este texto el párrafo entre corchetes se glosó con la finalidad de introducir la culpabilidad del garante como elemento justificativo de la exclusión del derecho de regreso.

9.4.— *Actio mandati contraria*

Constituyó uno de los medios procesales mediante los cuales se ejercitó la vía del regreso y fue, en concreto, la primera acción.

(180) No obstante, su implantación no fue admitida sin discusión. Se cuenta en contra con la Novela 4 cap. 1. que subordina el beneficio a la presencia del deudor principal. De ahí, que se dedujera que con carácter general debe excluirse cuando *a priori* se conozca su falta de solvencia o insolvencia notoria. También hay otros textos que servían para argumentar que el fiador podía renunciar a dicho beneficio. Ejemplo de ello son los papiros del año 583, P. Oxy, 1, 136. El problema lo resolvieron los banqueros en sentido afirmativo en aquellos contratos que se celebraban donde expresamente figuraba una solicitud de afianzamiento en base a la Nov. 136 cap. 1. Este criterio sirvió de ejemplo para la regulación de la fianza en los distintos Códigos de influencia francesa. Ver GIRARD, *op. cit.*, p. 769. En opinión de FREZZA, (*op. cit.*, p. 142), se exigía además para la aplicación del beneficio que:

- a) El demandado principal fuera solvente.
- b) El *fideiussor* reconociera la deuda.

Partiendo del estudio de la estructura de su fórmula que era *in factum*, es de suponer que el hecho sobre el que se fundaba el regreso era que «*abest pecunia fideiussori*» cuando el fiador había pagado en lugar del obligado principal (181). La idea de enriquecimiento injusto justifica el regreso. Esta idea se desarrolla simultáneamente a la *condictio indebiti* que había servido de base al enriquecimiento injusto (182).

Esta acción se entiende partiendo del estudio de los textos clásicos. Un primer supuesto para clarificar la coexistencia del régimen legal y negocial del regreso del *sponsor* es de Ulpiano que completa el texto de Gayo 3,127 según el cual, el *sponsor* tiene a su disposición la *actio depensi* y la *actio mandati* para el ejercicio del regreso contra el deudor.

D.17,1,29,6. (Ulp. 7 disput.): «*Fideiussor, si solus tempore "sponsor, si biennio" liberatus tamen solverit creditori, recte mandati habebit actionem adversus reum: quamquam enim iam liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit: Si igitur paratus sit defendere reum 'adversus creditorem, aequis simum est mandati iudicio eum quod solvit recipere, et ita Juliano videtur*». (Trad. Si un fiador, quedando el sólo liberado por razón del tiempo, hubiera pagado no obstante al acreedor, tendrá rectamente la acción del mandato contra el deudor, pues, aunque pagó cuando ya estaba liberado, cumplió su palabra y liberó al deudor contra el acreedor, es muy justo que recupere por la acción de mandato lo que pagó, y así lo admite también Juliano) (183).

Juliano y Ulpiano consideraron que la extinción *ope legis* de la responsabilidad del *sponsor* no comportaba la extinción de la relación de mandato y que, en consecuencia, en el caso de pago voluntario, el *sponsor* continuaba estando legitimado con la *actio mandati* para el ejercicio del derecho de regreso.

El trasfondo del carácter incoercible que se le daba a la acción de mandato por parte del mandante, a pesar de su interés por la ejecución del mismo, radicaba en que Juliano había efectuado una construcción encaminada a conferir una fundamentación jurídica a las exigencias ético-sociales que se reclamaba de la *fides*, más que para explicar una norma coherente con la relación de mandato. Esta prueba de sensibili-

(181) D. 17, 1, 26, 2. (Paul. 32 ed.); eodem 47 pr. (Pomp. 3 Plaut.).

(182) En sentido opuesto DONATUTI, *cfr.* FREZZA, *op. cit.*, p. 163, n. 1.

(183) DONATUTI, (*op. cit.*, pp. 328 y ss.), expone —entre otros— como argumentos de apoyo a su sospecha de autenticidad, lo extraño del principio según el cual basta la *liberatio rei* para la *actio mandati* y la incongruencia entre la segunda parte del texto y la primera, que hace suponer que una de las dos no debe pertenecer a Ulpiano.

dad ética justificaba la necesidad social que existía de atribuir un medio de garantía al fiador frente al desembolso realizado.

Existen textos que se han identificado dando valor a la *actio mandati* en cuanto acción concedida al *sponsor*. Se encuentran también autores que entienden que, en ocasiones, no es aplicable esta acción porque la *fides* en la relación de mandato constituía un límite a la legitimación del *sponsor* para actuar en vía de regreso contra el deudor principal (184).

En todos estos textos se llega a la conclusión de que la única diferencia entre la *actio mandati* y la *depensi* está en ser la segunda *in duplum* y en no poder proponerse antes de un semestre a partir del día en que pagó el *sponsor*. Si a éste, una vez hubiera pagado, no le convenía esperar el plazo de seis meses para cobrar, sólo contaba con el recurso de la *actio mandati* como medio de regreso.

9.5.— Diferencias entre la *actio mandati* y la *actio negotiorum gestorum*

Aunque las dos acciones tendían al mismo propósito, los efectos jurídicos producidos por cada una de ellas eran diversos.

Mientras que el fiador ejercitando la *actio mandati* podía obtener el reembolso de todos los gastos efectuados en ejecución del mandato, el fiador que se valía de la *actio negotiorum gestorum* sólo podía utilizar el regreso contra el deudor para reclamar los gastos realizados siempre que le hubieran resultado útiles al deudor principal.

La *actio mandati* surgía cuando se estipulaba una relación obligatoria de fianza por acuerdo entre deudor y fiador. Si el deudor expresamente prestaba su consentimiento dicha acción tenía su causa en un mandato expreso. Si el deudor había tenido conocimiento de la intención del fiador y callaba, la *actio mandati* se fundamentaba en un mandato tácito. Si la fianza se prestaba con el desconocimiento del deudor surgía la *actio negotiorum gestorum*. Esta fue la sentencia de Paulo que posteriormente constituyó el criterio que siguió Justiniano (185).

El desacuerdo entre los jurisconsultos romanos radicaba en que algunos concedían por lo menos al fiador la *actio negotiorum gestorum*. Cuyacio comentando D. 17,1,53 . escribía que el fiador tenía una *actio negotiorum gestorum* (186), razón por la que a finales del siglo XIX,

(184) Ver FREZZA, *op. cit.*, pp. 164-165; en las que transcribe algunos textos de la *actio mandati* aplicable a la *sponsio*.

(185) D. 17,1,40. (Paul. 9 ad ed.). «*Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere. Quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.*»

(186) «*Non ea etiam datur iis qui recusatum et contradicentium negotia gesserunt, modo ea utiliter gesserint*» (Cuyacio, coment. a L. solvendo 39, D. de negot. gest.) (D.3,5,38(39). Gai. 3 de verb. oblig.).

principios del XX, algunos autores justificaron que, a falta de un texto específico, no podría nadie enriquecerse a costa de otro.

Otros reservaron el regreso para cuando alguno hubiere enriquecido al deudor, concediéndole una *actio in rem verso* y por último, los restantes negaron al fiador toda posibilidad de poder ejercitar el derecho de regreso, concediéndole exclusivamente la subrogación legal en los derechos del acreedor.

9.6.— Relación entre el *beneficium cedendarum actionum* y la acción de regreso

Una última cuestión relacionando regreso y cesión de acciones es aquélla en la que el garante, que actúa en vía de regreso ejercitando la acción cedida del acreedor, debe probar el fundamento de su propio derecho.

El fiador tiene facultad para reclamar al acreedor, al que ha pagado, que le ceda sus acciones contra el deudor. Si la transferencia de acciones tiene lugar, el fiador se sitúa en la posición originaria del acreedor adquiriendo conjuntamente los derechos reales que poseía el acreedor como garantía del crédito (187). Esta figura que respondía a las necesidades de la práctica jurídica se le denominó posteriormente subrogación, siendo en opinión de Cuq «una de las más acertadas creaciones de la Jurisprudencia». No obstante, a pesar que dicho autor califica de «creación iuris» dicha institución, parece, como así lo demuestra el propio autor, que ya se utilizaba en Caldea en el siglo VI a.C. (188).

Desde que se comenzó a utilizar por la Jurisprudencia, suscitó graves reservas entre los autores clásicos. Estas objeciones se fueron planteando durante toda la Edad Media e, incluso en la actualidad, no han quedado resueltas de manera satisfactoria.

Desde un principio se opusieron una serie de obstáculos a la subrogación objetando la imposibilidad de que el fiador pudiera obligar al acreedor a cederle sus acciones por varias razones. Entre ellas hay que destacar el carácter unilateral del contrato entre fiador-acreedor y que el fiador no ostentaba ningún derecho frente al acreedor. A lo que cabía añadir que el pago de la deuda al acreedor extinguía la obligación y con

(187) Hasta la introducción de este beneficio de acciones si el acreedor, disponiendo conjuntamente de garantías personales y reales, en lugar de elegirlas, se dirigiera contra un garante, este se vería obligado a pagar y en compensación le correspondería una parte del bien afecto a la obligación como si de un acreedor se tratase. Ver GIRARD, *op. cit.*, p. 775.

(188) Ver al respecto CUQ, *op. cit.*, p. 651 n. 1 y *Rev. d'Assyriologie*, XII, 101 citada por el mismo autor.

ella todos los derechos inherentes a la misma (189). Para salvar estos inconvenientes, el fiador permitía que se le demandase para alegar, en el momento del juicio, que el acreedor había incurrido en dolo si había rechazado realizar la cesión de acciones. En caso de poder demostrar la existencia de dolo, el Pretor negaba al acreedor cualquier pretensión contra el fiador. Si el planteamiento era dudoso, el acreedor corría el riesgo de que el Pretor incluyese en la fórmula la *exceptio doli* que implicaba que si se apreciaba el dolo la demanda se desestimaba y el acreedor perdía su crédito.

En el caso de que el acreedor no pudiese ceder sus acciones porque las hubiera perdido, el fiador no tenía facultad para poder reclamárselas. El acreedor no prometía nada al fiador, por lo tanto, lo único que se le podía exigir es que no actuase dolosamente.

Como la aplicación del beneficio de cesión de acciones supone que el pago hecho por el fiador no extingue las acciones del acreedor, la explicación a esta contradicción la resolvió la Jurisprudencia mediante una ficción. En lugar de considerar el pago y la cesión como dos actos distintos, se estimaba que componían dos elementos de un solo acto jurídico, como si de una venta se tratara. Con ello, el pago supondría, en realidad, el precio de compra del crédito en una situación en la que al fiador se le reputaba haber comprado el débito por una cantidad igual a la debida.

El efecto pretendido con esta cesión era permitir al fiador intentar obtener las acciones más ventajosas del acreedor en lugar de actuar con su acción personal. Es por tanto, una acción privilegiada que permite colocarse en una posición anterior a los acreedores quirografarios e incluso delante de los acreedores hipotecarios de inferior rango (190).

10.— EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA

10.1.— *Litis Contestatio*

Para todas las formas de garantía prevalece, hasta Justiniano, el principio de concurso de acciones, con la consecuencia del efecto preclusivo respecto a las acciones de la *litis contestatio*, perfeccionada en alguna de las acciones contra las distintas personas obligadas a la misma prestación. En este sentido se manifiesta un fragmento de las Sentencias de Paulo.

(189) Por motivos de la equidad se descartó la primera. La segunda se aceptó creando una ficción. A este respecto, D. 21, 2, 65. (Pap. 8 quaest.); D. 10, 2, 18, 5 (Ulp. 19 ad Ed.).

(190) GIRARD, *op. cit.*, p. 776.

P.S. 2,17,16.: «*Electo reo principali fideiussor vel heres eius liberatur. Non idem in mandatoribus observatur*» (191).

A partir de Justiniano cambia el principio general establecido en el anterior fragmento de Paulo.

C.8,40,28.: «*Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita est in fideiussoribus observari...*» (a.531) (Trad. Mandamos en general, que así como se ha establecido respecto a los mandantes, que hecha la contestación contra uno de ellos no quede libre el otro, así se observe también respecto a los fiadores...) (192).

Este mismo régimen se debe aplicar a la *acceptilatio* clásica (193).

10.2.— *Novación*

Solamente se verifica la extinción de la obligación en el caso de novación de la obligación principal.

D. 46,1,60. (Scaev. 1 resp.): «*Uicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit: cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum*». (Trad. Siempre que el deudor se libera del acreedor de forma que perdure la obligación natural, respondió que seguía obligado el fiador; mas cuando la obligación se transfiere por algún género de novación, debe quedar liberado el fiador, sea por el mismo derecho sea mediante una excepción) (194).

(191) También, GAI. Epit.: «*Creditor autem, qui pecuniam dedit, in potestate habet ad reddendam pecuniam, quem velit tenere, utrum ipsum debitorem an fideiussorem. Sed si debitorem tenere elegerit, fideiussorem absolvet: si vero fideiussorem tenuerit, debitorem absolvet; quia uno electo, quem idoneum creditor iudicavit, alterum liberat*». Más apoyo textual, en FREZZA, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

(192) Para un estudio más detallado del régimen justiniano en este punto, nos remitimos a FREZZA, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

(193) ALBERTARIO, *op.cit.*, pp. 127 y ss. que plantea problemas relativos a cuando la *acceptilatio* se haya realizado a favor de un fiador que garantice una obligación no contraída de forma verbal (D. 46,4,13,7. Ulp. 50 ad Sab.).

(194) C.8,40,4.(a.213).

10.3.— Confusión

La confusión entre obligado principal y garante supone extinción de la garantía (195), que podrá ser total o parcial según el modo en que se realice.

D.46,3,93,2. (Scaev. lib. sing. quaest. pub. tractat.): «*Sed et si reus heredem fideiussorem scripserit, confunditur obligatio. Et quasi generale quid retinendum est, ut, ubi ei obligationi, quae sequellae locum optinet, principalis accedit, confusa sit obligatio: quotiens duae sin principales, altera alteri potius adicitur ad actionem, quam confusionem parere*». (Trad. En cambio si el deudor hubiera instituido heredero al fiador, se confunde la obligación. Y debe retenerse como principio general que se confunde la obligación cuando se une la obligación principal a la obligación que ocupa un lugar accesorio, mas cuando las dos obligaciones son principales, una se añade a la otra antes que producir confusión).

En el caso de confusión entre acreedor y garante, la justificación de esta extinción se encuentra precisamente en el carácter accesorio de la obligación, que no puede perdurar si no existe la principal.

También en el supuesto de confusión entre obligado principal y fiador (196), a diferencia de lo que sucede en las obligaciones pasivamente solidarias, la obligación de garantía se extingue, a menos que exista un interés del acreedor en la supervivencia de la obligación de garantía (197).

10.4. Compensación

No tuvo un alcance general en el período clásico (198). Los principales fragmentos en los que se hace mención a la aplicación y efectos de la compensación son dos textos de Paulo y Gayo.

(195) FREZZA, «Le garanzie...», *cit.*, pp. 145 y ss.

(196) FREZZA (*op. cit.*, pp. 145 y ss.) realiza una enumeración de los distintos supuestos de confusión que se pueden producir, recogiendo los siguientes casos:

- a) ente deudor y acreedor.
- b) entre deudor y fiador.
- c) entre acreedor y fiador.
- d) entre acreedor y acreedor.
- e) entre deudor y deudor.
- f) entre fiador y fiador.

(197) FREZZA, *ult. op. cit.*, pp. 151 y ss.

(198) Sobre este punto, SOLAZZI, «La compensazione in Diritto Romano», Napoli, 1950, pp. 55 y ss. ALBERTARIO, *op. cit.*, pp. 162 y ss.

D. 16,2,4. (Paul. 3 ad Sab.): «*Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem "ex omni contractu" debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest*». (Trad. Es cierto, como admitía Neracio y dice Pomponio, que, de propio derecho, el fiador, por el contrato que sea, deje de deber lo que el deudor puede retener por compensación, porque así como pido mal cuando reclamo todo del deudor, así también el fiador, por el mismo derecho, no está obligado a mayor cuantía que aquella a la que el deudor puede ser condenado).

D. 16,2,5. (Gai. 9 ed. prov.): «*Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit; sed et si utrumque velit compensare, audiendus est*». (Trad. Si se pidiera algo al fiador, es muy justo que el fiador elija, si prefiere compensar lo que a él mismo se le debe o lo que se debe al deudor, pero también ha de ser atendido si quisiera compensar una y otra cosa).

Respecto al segundo de estos fragmentos, Solazzi (199) refuta una opinión de Biondi según la cual, la fórmula «*ex compensatione*» era obligatoria sólo para quien tuviera abierta una cuenta corriente, situación que no era la del *fideiussor*. Este, para Solazzi, está obligado, porque respondía *tubeo* a la pregunta del banquero, lo que indicaba que se había obligado por el mismo objeto que constituía la obligación del titular de la cuenta corriente (200).

Por lo que respecta al primer texto, Solazzi considera que las objeciones sobre la autenticidad de algunas expresiones del texto no afectan a la idea esencial de Paulo «*fideiussor non tenetur in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest*».

11. INSTITUCIONES AFINES

El contenido del *constitutum debiti alieni* era similar al de la *fideiussio*. Su finalidad era la de comprometerse a pagar al acreedor la deuda de otro, dando lugar esta figura a una acción de naturaleza pretoria: la *actio de pecunia constituta*.

(199) SOLAZZI, *op. cit.*, p. 68.

(200) SOLAZZI, *op. cit.*, p. 69.

El *constitutum* (201) presupone una obligación, a la vez que da vida a una obligación accesorio a cargo del constituyente, aunque no es preciso para estipularla que vaya seguida de una forma solemne como en la *fideiussio*. Se permitía además contraer un *constitutum* para una deuda condicional sin que se entendiese *a priori* como nula o que su cuantía era superior a la deuda principal. En el primer caso se consideraba añadida la condición de manera implícita. Mientras que en el segundo, se disminuía su cuantía hasta el tope máximo que alcanzaba la responsabilidad del obligado principal.

Se permitía también que se pudiera prometer en lugar distinto al que se había establecido la obligación principal o durante un tiempo más breve, e incluso respecto a otros acreedores u objetos diferentes.

(201) Sobre la figura del *constitutum*, ver ASTUTI, «Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito», Catania 1941 y ROUSSIER, «Le constitut», Paris 1958.

Comentarios y jurisprudencia sobre la hipoteca constituida en garantía de rentas y prestaciones periódicas

JUAN MANUEL BADENAS CARPIO

Prof. Titular de Derecho Civil
Universitat Jaume I

SUMARIO: I. Introducción. II. La Resolución de la D.G.R.N. de 31 de mayo de 1892. III. Concepto, elementos y requisitos. IV. Caracteres. V. Los efectos de la enajenación de la finca hipotecada. 1. La transmisión de la posición pasiva del derecho de hipoteca. 2. La asunción de deuda. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

Cuando se comenta la importante reforma que sufrieron nuestras leyes hipotecarias durante los años 1944-1946, se suele señalar, como uno de los aspectos más sobresalientes, la introducción en nuestro Derecho de la *regulación* de nuevas categorías del derecho real de hipoteca, entre las que se encuentra la *hipoteca de rentas y prestaciones periódicas* (1).

Sin embargo, como señala la doctrina, la hipoteca rentaria —que también así se la llama— ya tenía asiento en nuestro ordenamiento, como lo atestiguan multitud de preceptos que de manera directa

(1) Cfr: ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo I, Barcelona, 1945-47, p. 81.

aludían, desde mucho antes, a este tipo de garantía (2). Esto, unido a que algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado ya habían tenido ocasión de examinar el problema de cuáles deben ser los *carácteres* que ha de revestir la hipoteca que sea constituida para asegurar rentas o pensiones de naturaleza periódica (3) nos conduce a considerar que más que la incorporación propiamente dicha de una nueva figura, nuestra Ley y Reglamento hipotecarios no hicieron más que «aflorar» algo que ya existía y que carecía de una regulación específica.

Actualmente, esta regulación se contiene en los artículos 157 de la Ley y 248 del Reglamento hipotecarios. Sin embargo, hay que reconocer, junto a la unanimidad de los autores que han tratado de aportar una exégesis de estas normas, que son realmente dos preceptos que plantean serias dificultades a la hora de su interpretación (4). Esta cuestión ha hecho considerar que incluso hubiera sido más oportuno eludir la regulación *ad hoc* de esta figura y permitir a los interesados ampararse en los relativamente amplios márgenes de algunas hipotecas especiales, o en los todavía mayores de la hipoteca ordinaria o de tráfico.

Por sus semejanzas, la hipoteca rentaria ha sido confundida en diversas ocasiones con algunas hipotecas *especiales*, sobre todo con la hipoteca de *seguridad*, la de *máximo*, y la de *responsabilidad limitada*.

Sabemos que el Derecho hipotecario permite en ciertos casos, para los que pueda resultar conveniente, que la garantía real quede constituida a pesar de que algunos elementos de la obligación principal no estén todavía determinados. En tales supuestos podemos hallarnos ante una hipoteca de seguridad (5). Se dice entonces que quiebra en parte el *principio de especialidad* de la hipoteca (art. 12 L.H.), e incluso su *naturaleza accesoria* (6).

(2) Entre los preceptos que se citan como *antecedentes* del vigente art. 157 L.H. se encuentran, en el Código civil, los arts. 788, 1656, 1660 y 1805, y los arts. 88 a 91, 114, 115, 146, 147 y 187 (hoy 181), respecto de la precedente Ley hipotecaria (cfr. ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, tomo IV, vol. 2.º, Barcelona, 1979, p. 746 y CHICO ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo II, Madrid, 1989, p. 1693).

(3) Como la Resolución transcrita por ROCA SASTRE y MOLINA PUJOL de 31 de mayo de 1892, que tendrá oportunidad de comentar en el siguiente epígrafe (cfr. *Jurisprudencia registral*, tomo II, años 1883-1895, pp. 770 a 772).

(4) Cfr. ROCA SASTRE, R. M. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, *op. cit.*, p. 746.

(5) La doctrina define las hipotecas de seguridad de esta manera: son aquéllas en que un hecho futuro determinará el nacimiento de la obligación garantizada, tal hecho no modaliza el derecho real en sí mismo, lo que modaliza es su ejecución; para lo cual, es necesario probar, por medios extrarregistrales, que el crédito hipotecario ha nacido (vid. GARCÍA-ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA, C., *Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo*, Boletín del Iltr. Colegio de Abogados de Valencia, n.º 59, abril, 1991, p. 23).

(6) Algunos autores, no obstante, opinan que en rigor, la hipoteca de seguridad no nace, como derecho real, hasta el momento en que se fija o determina la deuda garantizada (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil III*, Vol. 2.º, Barcelona, 1980, p. 161).

Si lo que falta por determinar no es cualquier otro elemento del crédito garantizado, sino su *importe* extrarregistral, nos hallaremos seguramente en presencia de una hipoteca de máximo (7). En este caso, a diferencia de otras hipotecas de seguridad (8), el crédito asegurado no es futuro, pues nace al mismo tiempo que la garantía hipotecaria, lo que sucede es que en el instante de producirse la inscripción registral se desconoce el valor definitivo de la obligación protegida. El ejemplo típico de esta categoría de hipotecas es la constituida en garantía de cuentas corrientes, regulada en el art. 153 L.H.

Por último, también existe otra suerte de garantía real inmobiliaria donde se produce, a juicio de la doctrina hipotecarista, una absoluta disociación entre la deuda asegurada y el derecho real. A esta categoría especial de hipoteca se la denomina hipoteca de responsabilidad limitada. También se la llama hipoteca *pura* y *autónoma* porque a la hora de su constitución acreedor y deudor pueden pactar (art. 140 L.H.) que la obligación garantizada sólo pueda hacerse efectiva sobre los bienes hipotecados y que no alcance a los restantes que forman parte del patrimonio del deudor (9). En estos casos, es como si la obligación personal quedase cumplida mediante la simple constitución de la hipoteca, porque una vez establecido el gravamen real ya no se vuelve a hablar de la responsabilidad personal del deudor (10).

Sin perjuicio de las consideraciones que vendrán a continuación, nada empece que la hipoteca de rentas pueda yuxtaponerse e incluso pactarse bajo la forma de algunas de las hipotecas especiales a que acabo de hacer referencia; sin embargo, cuando esto no suceda, cuando la hipoteca de rentas se constituya como un gravamen autónomo, siguiendo exclusivamente los requisitos que imponen los artículos 157 L.H. y 248 de su Reglamento, aparecerá como una figura independiente, provista de sus propios caracteres.

(7) La hipoteca de máximo podría ser definida del siguiente modo: es aquella que se caracteriza porque el importe extrarregistral del crédito es variable va del cero al máximo (cfr. GARCÍA-ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA, C., *Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo*, op. cit., p. 24).

(8) Para la mayoría de los hipotecaristas, la hipoteca de máximo es una variable de las de seguridad, en la que el elemento indeterminado es solamente el importe extrarregistral (cfr. CHICO ÓRTIZ, J. M., *Estudios de Derecho hipotecario*, op. cit., pp. 1715 a 1723).

(9) Para algunos autores se trata de una modalidad de hipoteca intermedia entre la *Grundschuld* germánica y la hipoteca ordinaria, semejante a aquella en quedar reducida la responsabilidad al inmueble, pero semejante a la hipoteca de tráfico en que existe efectivamente la deuda personal, con su propio juego en las relaciones jurídicas de acreedor y deudor (cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1947, p. 430).

(10) Cfr. CABALLERO DE LA SOTA, P., *La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas*, AA. A. M. N., 1950, p. 12).

II. LA RESOLUCION DE LA D.G.R.N. DE 31 DE MAYO DE 1892

La Resolución de 31 de mayo de 1892 ha sido definida como el más claro antecedente del art. 157 L.H. y la base doctrinal de la que extrajeron los rasgos de la hipoteca rentaria los autores de la reforma desarrollada entre los años 1944-1946 (11). Razón por la cual parece conveniente su comentario.

En aquella ocasión el Centro Directivo de nuestra jurisprudencia registral tuvo que resolver sobre un supuesto en que un padre cedió a su hija la mitad pro indivisa de una casa de campo, reservándose el usufructo vitalicio de la finca e imponiendo a la donataria la obligación de pagar a la mujer de aquél la cantidad de 125 pts. los días 1 de enero de cada año, quedando afectá para la seguridad de esta obligación la misma finca cedida.

Ocurrió posteriormente, aunque esto importa menos para lo que aquí interesa, que la donataria permutó la mitad pro indivisa de la finca a cambio de otro predio, constituyendo en la misma escritura de permuta, para la seguridad de la pensión que estaba obligada a satisfacer, un gravamen especial que impuso sobre la finca que adquiriría, siendo aprobada la subrogación por el cedente y su consorte. De este modo, como consecuencia de la subrogación, se procedió a la cancelación de la hipoteca impuesta en la mitad de la finca cedida y posteriormente permutada.

Presentado este último documento al Registro de la Propiedad fue denegada la inscripción en lo concerniente a la subrogación de la hipoteca *por no haberse expresado la cantidad por la que debía responder la finca hipotecada*.

Formulado recurso por el Sr. Notario autorizante y después que fueron cumplidos los trámites oportunos ante el Juez delegado y tras la apelación del Registrador ante el Presidente de la Audiencia correspondiente, la Dirección General de los Registros y del Notariado sentó la siguiente doctrina: «que no hay disposición alguna en nuestro derecho que obligue al que establece una pensión periódica sobre finca de su propiedad a determinar el capital que tal pensión representa; pues basta que fije de un modo preciso la cuantía de la renta, el período en que ha de ser ésta satisfecha y el tiempo que la misma pensión ha de durar».

La mejor manera de contrarrestar o no los argumentos favorables a la necesidad de un precepto como el contenido en el art. 157 de la Ley hipotecaria es examinar cada uno de los elementos y caracteres de la denominada hipoteca rentaria.

(11) Según ROCA SASTRE y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, en la Resolución de 31 de mayo de 1892 es posible encontrar la inspiración de muchos de los aspectos contenidos en el art. 157 L.H. (cfr. *Derecho hipotecario, op. cit.*, p. 757).

III. CONCEPTO, ELEMENTOS Y REQUISITOS

Suele ser frecuente encontrar notables diferencias entre los conceptos que de la hipoteca de rentas nos ofrece la doctrina, esto es debido a la diversa naturaleza que tiene esta figura para unos y otros autores. No obstante, pese a las reticencias que pudiera suscitar, la mayoría recurre a la definición que nos brinda uno de nuestros más ilustres hipotecaristas. Para este autor, la hipoteca de rentas es la «constituida en garantía de una obligación impersonal, en el sentido de *ob rem*, de duración temporal o perpetua, consistente en pagar, en plazos periódicos, una determinada renta, pensión o prestación en dinero» (12).

Esta definición responde plenamente a la peculiar concepción que su autor tiene de la hipoteca rentaria, para quien esta categoría de garantía real participa en gran parte de los caracteres de las obligaciones *ob rem*, e incluso de las figuras *censales* (13).

En esta definición se pueden encontrar algunas notas que llaman especialmente la atención. Una de ellas, que pudiera provocar extrañeza, es que en la misma se dice que la hipoteca constituida en garantía de pensiones periódicas lo es de una obligación *impersonal*. Esto, a mi juicio, es tanto como decir que la obligación asegurada por semejante garantía posee un sujeto pasivo indeterminado —sin perjuicio de que por cualquier circunstancia pueda ser concretado, por ejemplo, a través de la titularidad de la finca gravada— y que aquellos supuestos en que la prestación garantizada tenga un deudor *personalmente* determinado no corresponderán, en efecto, a la hipoteca rentaria.

Por otra parte, en la anterior definición se afirma que la obligación asegurada participa de la naturaleza de las obligaciones *ob rem*, en las que el sujeto obligado a realizar la prestación dependerá en cada caso de la vinculación que exista con relación a la finca gravada, de manera que la obligación cesará para el deudor desde el momento en que dicho obligado deje de tener relación con la cosa de la que dimana la carga, bien sea por que se haya producido la desaparición de la misma o por su transmisión a un tercero (14).

(12) Esta definición procede de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNLL (*Derecho hipotecario, op. cit.*, p. 746), pero ha sido adoptada por otros autores como CHICO ORTIZ, J. M., (*Estudios sobre Derecho hipotecario, op. cit.*, p. 757).

(13) Para ROCA SASTRE uno de los caracteres de la hipoteca de rentas que tenía que haber previsto expresamente el art. 157 L.H. es el de su *redimibilidad*. De esta manera traza un claro paralelismo entre la figura de la hipoteca de rentas y el censo. Para comprender esto basta con leer las siguientes palabras: «La hipoteca en garantía de rentas está normalmente destinada a subsistir largo tiempo (...), por tanto, su redimibilidad a instancia del propietario gravado se impone no sólo como cosa conveniente sino esencial» (*cf. op. cit.*, p. 756). Por otra parte, el mismo autor encuentra como antecedente más típico de la hipoteca rentaria la constituida en garantía de *censal*, figura frecuente en Cataluña (*vid. op. cit.*, p. 747 y especialmente el art. 332 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña).

(14) De nuevo aquí aparece la sombra del censo, que a juicio de la doctrina se sitúa «como la máxima expresión de las obligaciones *propter rem*». *Cfr.* DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1981, p. 512.

Por último, señala la definición que la deuda garantizada tanto puede ser *temporal* como *perpetua*, consistente en pagar, en plazos periódicos, una suma dineraria. Aquí, en mi opinión, el autor abre y cierra la «válvula» de los caracteres de la obligación asegurada de forma un tanto irregular. Por un lado, «abre la llave» de la temporalidad en las relaciones obligatorias permitiendo el paso libre tanto de las deudas temporales como perpetuas, sin hacer apenas distinciones entre unas y otras. Por el otro, limita la especie de las deudas garantizadas únicamente a las de carácter pecuniario, dejando fuera cualquier otra que pueda consistir en hacer, no hacer o dar otra cosa que no sea dinero (15).

En mi opinión, adoptar un concepto como el que nos propone la doctrina, desde un primer momento, puede significar ya una toma de postura en la que se den por supuesto y sin discusión todos y cada uno de los caracteres de la definición. Por esta razón, me parece más oportuno partir de un concepto que aunque a primera vista pudiera parecer simplista, no nos permita inferir ninguna consecuencia *todavía* no estudiada.

De esta manera, la hipoteca de rentas se podría definir como aquella que tiene lugar cuando el sujeto obligado a satisfacer una pensión o a realizar cada cierto tiempo una prestación periódica garantiza el cumplimiento de su obligación constituyendo sobre un inmueble de su propiedad una garantía real del género de las hipotecas.

Siguiendo con el esquema propuesto, a continuación procede examinar los elementos que concurren en esta especie de garantía real.

Una primera referencia debe hacerse respecto de los *sujetos* que intervienen en la relación jurídica que surge una vez ha quedado constituida la hipoteca. Por un lado tenemos los titulares activo y pasivo de la obligación asegurada y por el otro los titulares, acreedor y deudor, de la relación hipotecaria.

Desde el punto de vista de la obligación garantizada, sujeto activo o acreedor es obviamente la persona que tiene derecho a percibir la pensión o prestación en que la obligación consista, y sujeto pasivo o deudor la persona que está obligada a satisfacer dicha pensión o prestación periódica al acreedor (art. 1162 C.c.).

Respecto de la relación hipotecaria, como en otros tipos de hipoteca, los sujetos intervinientes pueden diferir de los descritos en la situa-

(15) Para ROCA SASTRE la hipoteca de rentas lo mismo puede garantizar la obligación prevista en el art. 788 C.c., impuesta al heredero y consistente en invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, aunque la carga fuere perpetua y se impusiere sobre bienes inmuebles, que la contenida en el art. 1802 C.c., por el cual una persona se puede obligar, mediante contrato a satisfacer a otra, durante toda su vida, una pensión o rédito anual, que cesará en el momento de su defunción y no será transmisible a sus herederos. Sin embargo, son varios los autores que no opinan de esta manera (v. gr. CABELLO DE LA SOTA, P., *La hipoteca de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1950, p. 135), pese a compartir la concepción de su estrecha vinculación con las figuras censales.

ción anterior. Lo habitual será que acreedor y deudor hipotecarios coincidan desde un primer momento y no cambien con los sujetos activo y pasivo de la obligación garantizada. En este sentido, el acreedor hipotecario será el mismo que el titular del crédito garantizado, pero arropado por las acciones y privilegios previstos para el derecho real de hipoteca por el Código civil y la legislación hipotecaria, mientras que el deudor hipotecario sería el obligado a cumplir la obligación y que al mismo tiempo fuera propietario de la finca gravada con el derecho de hipoteca (16). Sin embargo, puede suceder también que, aunque el acreedor de la relación obligatoria garantizada y el acreedor hipotecario coincidan sobre una misma persona, el sujeto pasivo de la obligación asegurada y el deudor hipotecario sean personas diferentes. Esto puede suceder de dos maneras: 1.^a Desde el mismo momento en que se constituye la relación hipotecaria, como es el caso de la hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena (fianza hipotecaria) y, 2.^a Con posterioridad al momento de constitución de la hipoteca, como cuando la finca hipotecada pasa a poder de un tercer poseedor (por ejemplo, por una transmisión *inter vivos*) (17).

Con relación a la primera circunstancia, donde el deudor hipotecario es, por así decirlo, garante de una deuda ajena, no existe conformidad en la doctrina. De acuerdo con algunas opiniones, la esencia de la obligación garantizada exige que el constituyente de la hipoteca y el deudor personal de la renta o prestación periódica coincidan. En este sentido, con respecto a la hipoteca de rentas habría que descartar cualquier posibilidad de fianza hipotecaria o por débito ajeno (18). Quienes excluyen este modo de «fianza real» equiparán —como tendremos ocasión de volver a examinar más adelante— la hipoteca rentaria, en cuanto a algunos de sus *efectos*, con la hipoteca de responsabilidad limitada, e incluso con la *carta de renta* del Derecho suizo. Estos autores entienden que, de conformidad con el art. 157 L.H., el único *responsable* de la obligación garantizada (al mismo tiempo personal y real) es el titular de la finca hipotecada y que su responsabilidad se circunscribe, en todo caso, al valor de la misma (19).

(16) Hay algunos autores que consideran que el derecho real de hipoteca, y concretamente la hipoteca rentaria, puede tener por objeto no solamente el pleno dominio, sino, también algunos derechos *in re aliena* como el usufructo (vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil* III, vol. 2, Barcelona, 1980, p. 175).

(17) Sobre las situaciones en que el deudor y el titular de la finca hipotecada son personas distintas resulta oportuno consultar LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los créditos hipotecarios*, Madrid, 1977, p. 82.

(18) Cfr. ROCA SASTRE, R.M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, p. 773.

(19) Además de ROCA SASTRE, otros autores que se muestran partidarios de esta concepción, aunque con sus propios matices son: RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *La naturaleza «ob rem» de la obligación de renta vitalicia*, R.C.D.I., 1980, p. 1349; CHICO ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho hipotecario*, *op. cit.*, pp. 1698-1699; LA RICA Y ARENAL, R. de, *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca*, AA. A. M. N., 1948, p. 318; y CABELLO DE LA SOTA, P., *La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas...*, *op. cit.*, p. 113.

Por mi parte, me niego a considerar que la posibilidad de que un tercero pueda hipotecar un bien objeto de su propiedad para garantizar la deuda de otra persona, aunque la prestación consista en el pago de una pensión o renta periódica, se pueda desechar tan radicalmente, sobre todo si tenemos en cuenta que ni el art. 157 de la Ley Hipotecaria, ni el art. 248 de su Reglamento, ni tampoco ningún otro precepto hipotecario lo prohíben y cuando además algunas disposiciones del Código civil, como el art. 1805, parecen dejar abierta dicha posibilidad. Por otro lado, una cosa es, a mi juicio, la facultad que tiene el heredero de capitalizar una prestación *perpetua*, garantizable mediante primera y suficiente hipoteca (prevista en el párrafo 3.º del art. 788 C.c.) y otra muy diferente es que establecida entre dos sujetos, libre y espontáneamente, una relación de renta vitalicia, u otra de carácter temporal no aletoria, un tercero salga garante del deudor, constituyendo hipoteca sobre una finca de su propiedad.

La otra manera en que puede tener lugar la disociación entre el sujeto pasivo de la deuda garantizada y el sujeto pasivo hipotecario se produce, como antes señalaba, cuando el deudor principal, después de constituir hipoteca sobre su propia finca, la transmite a un tercero. Esta segunda forma, a diferencia de la anterior, es admitida sin discusión por todas las opiniones.

De todos modos nos encontramos con que, en uno y otro caso, desde la perspectiva de la obligación garantizada, además de los sujetos activo y pasivo de la relación, puede haber otro sujeto distinto que corresponde con el titular de la finca gravada que es el *deudor hipotecario*. Y por otra parte que, desde el punto de vista del derecho real, junto al acreedor y al deudor hipotecarios, puede existir otro sujeto pasivo, llamado *deudor personal*, que también está vinculado con el acreedor hipotecario, pero por la vía de la obligación principal.

Todo esto nos conduce a que, tal como esperábamos, los sujetos que pueden intervenir en la relación que surge como consecuencia de la constitución de una hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas sean *dos* o *tres* dependiendo de si el deudor personal y el hipotecario son o no la misma persona. Esto significa que, al menos en este aspecto, la hipoteca de rentas no reviste ninguna especialidad respecto de la hipoteca ordinaria.

La delimitación de los elementos *objetivos* de la relación hipotecaria en garantía de rentas periódicas, todavía plantea, a mi entender, menores problemas.

En primer lugar tenemos la relación obligatoria que liga al acreedor de las rentas o prestaciones periódicas y al deudor obligado a pagarlas. El objeto de la obligación, la prestación (20), puede consistir ya

(20) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, siguiendo a HERNÁNDEZ GIL considera que el objeto de la obligación y el objeto del contrato coinciden, de manera que el objeto de la obligación, esto es, la prestación, estará integrado por las cosas o servicios que tiene derecho a recibir el acreedor (cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Curso de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Valencia 1992, p. 65 y HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, pp. 97 y 119).

en el pago de una cantidad de dinero, a través de sucesivos plazos, durante un tiempo determinado, ya en la realización de una concreta actividad, o en la entrega de otra cosa que no sea dinero, también de manera periódica.

La cuestión que se plantea, en este caso, es la referente a si el objeto de la obligación asegurada puede consistir en otra cosa que no sea pagar de forma periódica una cierta cantidad de dinero, pues, como hemos tenido ocasión de comprobar, algunos autores no se muestran partidarios de esta circunstancia (21). Un argumento que a primera vista pudiera parecer que apoya estas opiniones procede del art. 12 L.H., según el cual «las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieren estipulado» (22). Sin embargo, este sustentáculo resulta no del todo convincente, en mi opinión, si tenemos en cuenta que existe un veterano criterio jurisprudencial —originado en la Resolución de 31 de mayo de 1892— que excepciona a la hipoteca constituida en garantía de rentas o prestaciones periódicas de la aplicación de la norma contenida en el art. 12 L.H. De acuerdo con este parecer, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido oportunidad de advertir en diversas ocasiones (además de en la citada Resolución, en las de 28 de mayo de 1895 y 24 de diciembre de 1904) que para la constitución de una hipoteca rentaria no es necesario que se capitalice el importe de la misma, pues es suficiente con determinar el capital que la pensión o prestación «representa». El criterio sentado por la jurisprudencia registral es, en mi opinión, lo suficientemente lapso como para admitir que la obligación asegurada pueda consistir en otra cosa que no sea pagar una suma dineraria, pues cuando señala que bastará con determinar el capital que cada pensión ó prestación representa parece dar a entender que dicho capital se fijará «en lugar» del objeto propio de la prestación cuando ésta no sea en dinero sino en especie (23).

Y, en segundo lugar tenemos, evidentemente, el *objeto* sobre el que recae el derecho real de hipoteca. Sin mayores preámbulos conviene señalar que también aquí rigen plenamente las reglas generales relativas a la cosa que puede ser hipotecada, contenidas en los artículos 106 y siguientes de la Ley Hipotecaria. El problema estriba en sí, atendida la naturaleza de la hipoteca rentaria, será posible constituir esta garantía real sobre todos y cada uno de los *derechos reales enajenables* contenidos en el art. 107 L.H. Al parecer, después de examinar la extensa

(21) ROCA SASTRE afirma textualmente que «no hay precepto que imponga que la renta debe consistir en dinero, pero debería hacerlo, (pues) esto constituye otra laguna del art. 157 L.H.» (cfr. *Derecho hipotecario, op. cit.*, p. 775).

(22) Esta es una manifestación del principio de especialidad en las hipotecas, que se encuentra desarrollado en numerosos preceptos hipotecarios entre los que se pueden citar los arts. 114, 119, 153, 154, 165, 173, y 246 de la Ley Hipotecaria y los arts. 220 y 241 del Reglamento.

(23) Partidarios de esta opinión se muestran CHICO ORTIZ, J.M., *op. cit.*, p. 1700, con matizaciones y CABELLO DE LA SOTA, P. *op. cit.*, p. 143.

relación de los derechos contenidos en el mencionado precepto, el único que plantea algunas dificultades es el de *usufructo*, especialmente si tenemos en cuenta el tipo de obligación que mediante esta hipoteca se trata de garantizar (24). El problema surge en aquellos supuestos en que la permanencia de la obligación garantizada es mayor que la duración del derecho de usufructo constituido sobre la finca gravada. La primera de las causas por las que se produce la extinción del derecho real de usufructo es por la muerte de la persona que tiene derecho a usar y disfrutar la cosa con la obligación de conservar su forma y sustancia (art. 513, 1.º C.c.).

Cuando el usufructuario es joven y goza de buena salud existen bastantes razones para pensar que el derecho de usufructo va a subsistir durante mucho tiempo; sin embargo, la duración de la vida humana se nos presenta siempre como un término incierto (*certus an, incertus quando*), cuyo fin puede sobrevenir en cualquier momento, por ello no existe la suficiente seguridad para suponer que la garantía vaya a durar todo el tiempo que se mantenga vigente la obligación, existiendo en todo caso la posibilidad de que por muerte del usufructuario se produzca la desaparición de la garantía real antes de que se extinga la relación jurídica asegurada. Esto se complica todavía más cuando la hipoteca se constituye para garantizar el derecho a la renta que nace del contrato aleatorio de *renta vitalicia*, porque en este caso es como si se produjera una especie de competición fatal entre las duraciones de las dos vidas contempladas: la del usufructo y la del propio contrato de renta (art. 1802 C.c.) (25). No obstante, si el acreedor hipotecario considera suficientemente garantizado su derecho a la prestación periódica mediante la constitución del derecho de hipoteca sobre el usufructo que limita el dominio de la finca gravada, no alcanzo a ver el inconveniente a que dicha constitución pueda establecerse al amparo del principio de autonomía de la voluntad (Resolución de 17 de mayo de 1968) (26).

Por último, junto a los requisitos que el Código civil y la legislación hipotecaria exigen para la constitución de cualquier hipoteca, los artículos 157 L.H. y 248 R.H. establecen otros *especiales* que debe cumplir la escritura por la que se pretenda inscribir un derecho de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. Estos requisitos son los siguientes:

(24) Vid. CHICO ORTIZ, J.M., *op. cit.*, p. 1700.

(25) Existe abundante bibliografía sobre la duración del contrato de renta vitalicia, no obstante, las tres monografías que se han producido al respecto hasta el momento en España son las siguientes: BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La renta vitalicia*, Madrid, 1963. QUIÑONERO CERVANTES, E., *La situación jurídica de renta vitalicia*, Murcia, 1979 [y BADENAS CARPIO, J. M., *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995]. También ha aparecido en el Derecho argentino el siguiente trabajo: ZAGO, J. A., *El contrato oneroso de renta vitalicia*, Buenos Aires, 1990.

(26) *Cfr. supra* nota 16.

- 1.º El acto o contrato por el cual se hubiesen constituido las rentas.
- 2.º El carácter periódico de las rentas o prestaciones.
- 3.º Los plazos o períodos en los que se deberán pagar las citadas rentas o prestaciones.
- 4.º Plazo, fecha, evento o condición que determinará la extinción de la obligación garantizada (27).

Algunos autores entienden que estas circunstancias no son suficientes para constituir específicamente la hipoteca de rentas, siendo preciso, en aclaración de las mismas, determinar, además, otras como:

- a) La persona a cuyo favor se establece, la persona que la constituye, la persona obligada al pago —si fuere distinta del constituyente— y la descripción de la finca que se brinda en garantía.
- b) La cuantía que representa cada pensión o prestación garantizada mediante la hipoteca, con reducción a metálico cuando la obligación fuere en especie o personalísima.
- c) Los años de duración de la pensión o prestación o la vida de la persona que se tome como módulo para computarla.
- d) Los vencimientos de cada pensión o prestación y el lugar del pago.
- e) La valoración de la pensión vitalicia o de duración indeterminada, a los efectos de la ejecución por hipoteca preferente en expropiación forzosa, hipoteca legal del Estado, etc. (28).

IV. CARACTERES

La de rentas y prestaciones periódicas puede considerarse —quizá, junto con la de responsabilidad limitada— una de las especies hipotecarias menos *comunales* de las previstas en nuestro ordenamiento jurídico. La causa de que esta garantía real sea tan «poco corriente», no sólo en cuanto a su utilización, a juzgar por la escasa litigiosidad que ha planteado —manifestada mediante las sentencias del Tribunal Supre-

(27) Esto conduce a que la obligación asegurada deba ser temporal y nunca perpetua, lo que determina que la hipoteca prevista en el apartado 3.º del art. 788 C.c. no coincide con la regulada en el art. 157 L.H. (vid. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 774), aunque existen autores que no participan de este criterio (vid. RUIZ ARTACHO, J., *La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas*, R.C.D.I., abril, 1946, p. 219).

(28) Todas estas circunstancias las describe así de minuciosamente CABELLO DE LA SOTA, P., *op. cit.*, pp. 142-143.

mo y las resoluciones de la D.G.R.N.— pese a sus oscuros perfiles, se encuentra, a mi entender, en lo que para algunos podría ser una especie de *metamorfosis* de la obligación asegurada.

Aunque ésta es una cuestión que afecta fundamentalmente a los efectos que puede producir la ejecución hipotecaria, como afecta también a los caracteres de la figura que estamos examinando, conviene traer a colación uno de los incisos que contiene el art. 157 L.H. A tenor del párrafo segundo de este precepto el que remate los bienes gravados con la hipoteca de rentas «los adquirirá con subsistencia de la misma y *de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento*» (29). El aspecto atinente a la subsistencia del gravamen hipotecario tras la ejecución no es un detalle que destaque de manera especial respecto de la hipoteca ordinaria, pues como es sabido, también la ejecución de las hipotecas posteriores deja subsistentes las cargas y gravámenes anteriores y preferentes (30), y, además, se trata simplemente de una consecuencia inevitable que se deriva del tipo de obligación que se pretende garantizar (31). Por otra parte, éste es un efecto que también acontece en otros supuestos contemplados por las normas hipotecarias, como cuando resulta preciso enajenar la finca por falta de pago de algunos de los plazos de la obligación garantizada y sin embargo quedaren aún por vencer otros posteriores, en cuyo caso previene el art. 135 L.H. que se transferirá la finca al comprador *con subsistencia de la hipoteca*.

Por el contrario, sí que es una circunstancia que merece destacarse con relación a la referida ejecución de la hipoteca de rentas la otra que consiste en que el rematante de los bienes hipotecados no solamente los adquiere con subsistencia del gravamen hipotecario, sino que los asume también con la obligación de satisfacer el resto de las pensiones o prestaciones hasta el completo cumplimiento de la obligación asegurada. De este modo, las que al principio nacieron como dos cosas distintas, esto es, la responsabilidad personal procedente del débito, y la responsabilidad real derivada de la hipoteca, parecen mezclarse y confundirse en una sola cosa: la responsabilidad *uniforme* del titular de la finca.

(29) La cursiva es mía.

(30) Así se deduce claramente de la regla contenida en la cláusula 8.ª del art. 131 L.H.: «las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes —si los hubiere— al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate», completada en la 13.ª (cfr. RUIZ ARTACHO, J., *La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas*, op. cit., pp. 120-121).

(31) De nada serviría establecer una hipoteca que se cancelase por la ejecución de una sola pensión o prestación dejando desprotegidas las restantes pendientes de vencimiento. Ésta es una de las más notables diferencias que existen entre la hipoteca de rentas y la de tráfico (vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *La naturaleza «ob rem» de la obligación de renta vitalicia*, R.C.D.I., 1980, p. 1350).

Esto ha hecho poner en duda la accesoriedad de la hipoteca de rentas, al situar sobre un mismo plano el débito y la responsabilidad real y ha inducido a algunos a pensar, después de darle miles de vueltas a este fenómeno, que nos encontramos ante el *alumbramiento* de una obligación *ob rem*, o incluso de una nueva categoría censal (32).

Intentando poner claridad donde otros no encuentran más que oscuridades, cierto estudioso del fenómeno considera que en la *familia* de las hipotecas rentarias conviene distinguir entre las hipotecas legales y las voluntarias (33), pese a estar incluido el art. 157 L.H. en la regulación de las segundas.

Entre las consideradas hipotecas «legales» de rentas algunos conocidos hipotecaristas (34) sitúan la contenida en el art. 788 C.c. Conforme a este artículo, el heredero al que por testamento se hubiere impuesto la obligación de invertir ciertas cantidades en obras benéficas, podrá disponer de la finca gravada, si la carga fuere perpetua, capitalizándola e imponiendo el capital a interés *con primera y suficiente hipoteca*. Por esta razón, quienes así opinan, consideran que la renta o prestación es un gravamen que acompaña inseparablemente a la finca, como si efectivamente consistiese en una «carga real». Esta hipoteca legal también es hallada por los mismos autores en el último inciso del art. 1802 C.c., cuando señala que al perfeccionarse el contrato de renta vitalicia el capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se transfiere a cambio de la renta, se adquiere «desde luego con la carga de la pensión» (35). De esta manera, la obligación de pagar las pensiones y la titularidad dominical de la finca se encuentran tan estrechamente unidas que la primera tiene que seguir ineluctablemente a la segunda y sin que bajo ningún concepto la responsabilidad personal y la real puedan quedar separadas (36). De este modo se está incurriendo en unas consideraciones que, a mi entender, deben ser matizadas. En primer lugar,

(32) Proclive a considerar con el carácter de *ob rem* la obligación que asume el adjudicatario de la finca gravada después de la enajenación del gravamen se muestra recientemente RODRÍGUEZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 1338 y ss.), aunque otros llegan a calificarla ciertamente como *censo* (cfr. DEL MORAL Y DE LUNA, A., *La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta*, R.D.P., núm. 427, 1952, p. 808; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE Y MUNCUNILL, L., *op. cit.*, p. 756). No obstante, algún autor prefiere hablar meramente de la conversión de una obligación civilmente personal en real (cfr. URIARTE BERASATEGUI II, *Revisión de ideas (renta vitalicia)*, R.C.D.I., núm. 262, 1950, p. 563).

(33) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil III*, vol. 2.º, Barcelona, p. 568.

(34) Cfr. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. IV, 2.ª edición, p. 539 y sobre todo DEL MORAL Y DE LUNA, A., *La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta*, *op. cit.*, p. 811. Según este autor, «en el robustecimiento real —de tipo censario e hipotecario— del derecho del pensionista hay una garantía inmanente espigada en el seno del articulado del Código» (la cursiva es mía).

(35) URIARTE BERASATEGUI, J., *Revisión de ideas (renta vitalicia)*, R.C.D.I., núm. 268, 1950, p. 562, llega incluso a pensar que en el mecanismo de acción de la renta vitalicia va embebida una hipoteca junto al juego de una efectividad real o «garantía real rentaria» del tipo de la enunciada en el art. 1623 C.c.

(36) Esto significa que para algunos de los autores que así opinan, la hipoteca de rentas sólo puede constituirla el deudor de las pensiones sobre una finca propia (*vid. nota* núm. 12).

porque el supuesto contemplado en el párrafo 3.º del art. 788 C.c. no tiene nada que ver con el regulado por el art. 157 L.H., desde el mismo momento en que las hipotecas a que hacen referencia uno y otro precepto son gravámenes reales diferentes (37). En el primer caso, la hipoteca se constituye en garantía de una carga «perpetua», mientras que en el segundo, la hipoteca de rentas, por el tipo de obligación asegurada, es un gravamen real que asegura un crédito *temporal*. Y desde el punto de vista del otro precepto, el 1802 del Código civil, existen diversos argumentos contrarios al *carácter real* de la pensión o prestación que nace con ocasión de haberse celebrado un contrato de renta vitalicia. Algunos ya los ha expuesto de manera clara y reiterada la jurisprudencia de la D.G.R.N. —fundamentalmente en las Resoluciones de 1 de marzo de 1939 y 21 de diciembre de 1943 (38)—, a los que se puede añadir el del propio art. 1805 del Código civil, según el cual, para que el contrato de renta vitalicia quede asegurado con hipoteca es preciso que las partes la estipulen *expresamente* (39).

Así, sin perjuicio de que más adelante volvamos a adentrarnos en este problema al examinar los efectos de la ejecución de la finca gravada, parece quedar a salvo el carácter de la *accesoriedad* de la hipoteca de rentas (40), aunque haya quien opina que se trata de una accesoriedad invertida (41).

Siguiendo con los problemas que plantea la naturaleza jurídica de la hipoteca regulada en el art. 157 L.H., la doctrina suele coincidir, con las excepciones anteriormente advertidas, que se trata en definitiva de un gravamen *temporal* (42). Así resulta tanto del propio art. 157 como

(37) No estoy poniendo en duda que el art. 788, 3.º C.c. ampare la posibilidad de que se constituyan hipotecas para asegurar pensiones periódicas «perpetuas», a lo que me refiero es a que esas pensiones perpetuas no pueden ser aseguradas con la hipoteca que regula el art. 157 L.H., sino por otra diferente (de esta opinión se muestra CABELLO DE LA SOTA, P., *op. cit.*, p. 135).

(38) Cfr. ROCA SASTRE Y MOLINA PUYOL, t. VII, 1930-1939, pp. 968 a 970 y *Anuario de la D.G.R.N.*, 1940-1945, pp. 370 a 378, respectivamente, en las que se destaca especialmente el carácter estrictamente personal de la renta vitalicia y la necesidad de que para que la pensión tenga carácter real es preciso que los constituyentes impriman dicho carácter al negocio celebrado y que, después de haber llenado los requisitos de fondo y forma por imperativo de la ley, lo inscriban en el Registro de la Propiedad.

(39) Siguiendo la anterior doctrina registral, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha incidido en los mismos criterios. Resulta muy interesante consultar, para lo que aquí importa, la sentencia de 28 de noviembre de 1949 (C. L. jurisprudencia civil, tomo XII, 1949, pp. 317 a 348), en la que se pone de manifiesto la necesidad de constituir hipoteca para garantizar con eficacia real el contrato de renta vitalicia.

(40) Al respecto pueden consultarse entre otros: SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, *op. cit.*, p. 421 y COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1956, p. 223.

(41) Cfr. LARICA Y ARENAL, R. de, *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca*, *op. cit.*, pp. 320 y 321.

(42) Vid. RUIZ ARTACHO, J., *op. cit.*, p. 219 (que señala que aunque éste es el carácter habitual nada hay que se oponga a que pueda ser también aplicada a las rentas perpetuas), ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, 778 y CHICO ORTIZ, J. M., *op. cit.*, p. 1695, entre otros.

del art. 248 R.H., cuyo párrafo tercero señala que «en la inscripción se hará constar necesariamente la fecha en que deba satisfacerse la *última* pensión o prestación, o, en otro caso, el evento o condición que determine su extinción» (43). Como tendremos ocasión de comprobar, la hipoteca de rentas no se extingue por su ejecución, sino, únicamente, junto con otras causas comunes a otras categorías de hipoteca como la *adjudicación de la finca al acreedor*, o la *pérdida total del inmueble* (44), por el transcurso de seis meses desde la fecha en que a tenor de lo consignado en el Registro debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación, «siempre que no conste asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación contra el deudor sobre pago de dichas pensiones o prestaciones» (párrafo 4.º del art. 157 L.H.).

También parece existir coincidencia en admitir que, como sucede con respecto a otros gravámenes reales, la hipoteca rentaria tanto se puede constituir bilateral como unilateralmente (45). Bilateral, mediante acuerdo entre el acreedor y el deudor hipotecarios en el propio negocio de constitución de la hipoteca (v.gr. contrato de renta vitalicia con pacto accesorio de garantía real) y unilateral, como sucedió en el supuesto descrito por la Resolución de 31 de mayo de 1892, bien por acto exclusivo del deudor aceptado por el acreedor, o por negocio jurídico testamentario, cuando el causante impone determinado gravamen al heredero (art. 880 C.c.), garantizando su cumplimiento mediante hipoteca constituida sobre una finca perteneciente al patrimonio hereditario y transmitida *mortis causa* al mismo heredero (46).

Otra de las características más llamativas de la hipoteca rentaria es la de su *permanencia* después de la ejecución coactiva de la finca. De conformidad con el tipo de obligación que se pretende garantizar, la hipoteca de rentas y prestaciones periódicas es susceptible de tantas ejecuciones como prestaciones estén vencidas y no satisfechas, de suerte que, si después de efectuada la realización coactiva de la finca

(43) La cursiva es mía.

(44) La adjudicación de la finca al acreedor produce en todo caso —como señala CHICO ORTIZ— la cancelación de la hipoteca *por confusión de derechos*. Por otra parte, la pérdida total del inmueble implica también la pérdida de la garantía, como ocurre con cualquier otra carga real (cfr. *Estudios de Derecho hipotecario*, op. cit., p. 1712).

(45) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil III*, op. cit., p. 166 y LA RICA Y ARENAL, R. de, op. cit., p. 317.

(46) Esta última posibilidad resulta claramente de la combinación de los arts. 880 y 867 C.c. De todos modos LA RICA Y ARENAL incluye entre los supuestos de constitución unilateral de hipoteca de rentas el supuesto en que el testador legue una pensión vitalicia a un pariente o amigo constituyendo hipoteca sobre una de sus fincas, pero sin imponer al heredero o a otro legatario la obligación personal de pago (cfr. op. cit., p. 317). De todos modos, a mi juicio, no debe confundirse este supuesto con el previsto en el art. 788 C.c.

siguen existiendo pensiones pendientes de pago, el gravamen real no se cancela, sino que permanece y se transfiere junto con el inmueble hipotecado hasta el completo pago de todas y cada una de las prestaciones periódicas (47).

De manera coherente con su concepción *censal* o *cuasi censal* de la hipoteca de rentas, algunos autores echan de menos en esta enumeración su carácter *redimible* (48), pues, a su entender, no previendo el art. 157 L.H. esta posibilidad en favor del deudor hipotecario se introduce una contradicción respecto del sistema establecido por el Código civil (art. 1608). Se contesta diciendo que la idea de la redención es extraña a la hipoteca de rentas, cuya extinción deberá tener lugar normalmente como consecuencia de la extinción de la obligación principal. Como ha señalado otro ilustre hipotecarista, «la falta de regulación de la redención demuestra que no se ha adoptado ni una figura de carácter censal ni una deuda territorial abstracta de tipo rentario, sino una simple hipoteca accesoria, como todas las que regula nuestro sistema» (49). El carácter censal de las rentas vitalicias y del resto de las temporales y no perpetuas se perdió en el tránsito de las normas precodificadas al Código civil (art. 1976). En la Novísima Recopilación, la Ley VI, del Título XV, del Libro X, se regula una categoría censal denominada *censo de por vida*, el cual es calificado por la doctrina como el antecedente inmediato de la renta vitalicia (50). Pues bien, esta figura censal poseía entre sus caracteres esenciales, como el resto de los gravámenes de su misma naturaleza, la nota de la redimibilidad (Ley V, Título XV, Libro X de la Novísima Recopilación). Esta característica no se encuentra ni en el Código civil francés (arts. 1968 a 1983) ni tampoco en el Proyecto de Código civil español de 1851 (arts. 1703 a 1712), de donde se deduce que fue intención de los codificadores tanto francés como español despojar a las transmisiones por las que se constituye una renta de por

(47) Vid. CHICO ORTIZ, J. M., *op. cit.*, p. 1698; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 1350. COSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, *op. cit.*, 330; QUIÑONERO CERVANTES, E., *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 124, y URIARTE BERASATEGUI, J., *Revisión de ideas (renta vitalicia)*, *op. cit.*, p. 563.

(48) Cfr. CASSO ROMERO, I., *Derecho hipotecario y del Registro de la Propiedad*, Madrid 1951, p. 550 y ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 756.

(49) En mi opinión, este comentario de SANZ FERNÁNDEZ no se encuentra en absoluto desprovisto de razón y me parece verdaderamente convincente. No obstante ROCA SASTRE realiza la siguiente crítica: «el factor tiempo tiene decisiva influencia en la configuración de los tipos jurídicos y, por ello, las relaciones jurídicas o gravámenes de largo tracto o prolongada duración han de poder estar sujetas a su extinción por denuncia o redención reclamada por quien pueda quedar liberado en consecuencia. Y esto es así, lo mismo da que se trate de un censo, de un censal, de una deuda rentaria o de una hipoteca de renta (...) es el tiempo, más que la naturaleza jurídica, el que impone la redimibilidad. La hipoteca en garantía de rentas está destinada a subsistir largo tiempo. Por tanto, su redimibilidad a instancia del propietario gravado se impone no sólo como cosa conveniente sino esencial» (cfr. *op. cit.*, pp. 756-757).

(50) Cfr. MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, tomo XII, Madrid, 1931, p. 57, PIANTONNI, M. A., *Contratos civiles*, vol. 2, Buenos Aires-Córdoba, 1975, p. 430 y recientemente, BADENAS CARPIO, J. M., *El violari i el censal, fonaments del contracte de senda vitalicia*, R.J.C., núm. 4, 1996, pp. 997 a 1008 (todas estas cuestiones son matizadas de forma más detallada, por mí, en el trabajo últimamente citado).

vida en favor de una de las partes intervinientes en el contrato de su carácter censal y convertir a los negocios jurídicos de los que traen causa dichas transmisiones en meros contratos aleatorios, con eficacia estrictamente personal entre los contratantes (51). La hipoteca de rentas, pese a lo que algunos entienden, no introduce ningún «carisma» real a la esencia de la obligación asegurada (52), lo único que agrega es una garantía accesoria que en nada contradice ni amplía lo dispuesto en la regla 1.ª del art. 1857 C.c.

No obstante, centrandó el tema exclusivamente sobre el problema de la redimibilidad, no parece existir ningún obstáculo legal a que las partes la puedan incorporar facultativamente a la hipoteca de rentas, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando, como ha advertido algún autor, se determinen al mismo tiempo las condiciones en que dicha redención tendrá lugar (53).

Volviendo al principio de este epígrafe y a la cuestión fundamental que en él se encierra que no es otra que la relativa al carácter accesorio o no de la hipoteca de rentas, resulta preciso advertir que la inmensa mayoría de la doctrina hipotecarista, aún admitiendo el carácter accesorio de la hipoteca en el momento de su constitución, entiende que dicho carácter se transforma, dejando de ser *principal* la obligación asegurada como consecuencia de la ejecución hipotecaria, pues como señala el párrafo 3.º del art. 157 L.H. el rematante de los bienes gravados con la hipoteca de rentas no solamente los adquiere con subsistencia de la misma, sino también de la obligación o prestación garantizada hasta su vencimiento. Según estos autores, esta *asunción legal* de la obligación asegurada por parte del adjudicatario de la finca no puede tener otra explicación que la «metamorfosis» de la obligación garantizada, que pierde su naturaleza originaria para transformarse en una obligación real que dimana de la titularidad de la finca. De suerte que lo que anteriormente eran dos responsabilidades separadas, la real y la obligacional, se convierten o refunden en una responsabilidad uniforme, de naturaleza *ob rem* (54).

(51) Esta nota de la irredimibilidad no sólo es común en los Derechos francés y español, sino que también se encuentra incorporada al Derecho italiano (cfr. TRABUCCHI, A. *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1967, p. 338).

(52) URIARTE BERASATEGUI ha creído encontrar en la hipoteca rentaria un efecto sorprendente, la conversión de la naturaleza personal en real de la obligación garantizada por mor de la propia hipoteca a causa de su ejecución. (cfr. *op. cit.*, p. 563).

(53) Cfr. GUILARTE ZAPATERO, V., Comentario al art. 1802, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1984, pp. 442 y 523-524.

(54) En la lista de los partidarios de esta interpretación del art. 157 L.H. pueden incluirse prácticamente sin excepción todos los hipotecaristas que han estudiado el asunto, entre otros, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *La naturaleza «ob rem»...*, *op. cit.*, p. 1343; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, *op. cit.*, p. 538; ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, p. 317 y CABELLO DE LA SOTA, P. *op. cit.*, p. 113.

Sin embargo, otras opiniones indiscutiblemente autorizadas discrepan abiertamente de esta especie de asunción legal que impone el art. 157 L.H. al adjudicatario de la finca gravada mediante hipoteca de renta. El argumento que esgrimen es claro, tal asunción iría en contra de lo dispuesto en el art. 1205 C.c., al faltarle a la novación por cambio de deudor (modificativa o extintiva) el consentimiento del acreedor (55).

Salvo mejor opinión, parece claro el tenor literal del art. 157 L.H. y la *voluntas legislatoris* de que el adjudicatario de la finca hipotecada asuma no sólo el gravamen real sino también el débito personal garantizado (sin duda el valor de la deuda pendiente de vencimiento y aún no satisfecha habrá sido tenido en cuenta en el momento de efectuar el remate); sin embargo, no pienso que esto tenga que significar inevitablemente un cambio en la naturaleza de la obligación principal, sino a lo sumo —pese a lo dispuesto en el art. 1205 C.c.— un cambio de sujeto pasivo en dicha obligación. Si el débito y la responsabilidad real estuvieron en algún momento unidos, aunque no confundidos ni mezclados sobre un mismo sujeto (el deudor personal e hipotecario) en el momento de constituirse la relación hipotecaria, no encuentro inconveniente para que *sucesivamente*, una vez adjudicada la finca a un tercero, dichas responsabilidades —la personal y la real— puedan volver a coincidir sobre una misma persona, el rematante de los bienes hipotecados, sin que ello suponga una mezcla ni una confusión entre ambas, ni tampoco que tenga que producirse ninguna conversión en sus íntimas y respectivas naturalezas. Todo esto debe ser examinado más detenidamente, con ocasión de estudiar los efectos de la ejecución hipotecaria.

V. LOS EFECTOS DE LA ENAJENACION DE LA FINCA HIPOTECADA

Parece desprenderse del tenor literal del art. 157 L.H. que al menos en *ciertos casos* la enajenación de la finca gravada puede producir dos efectos. El primero es la permanencia del gravamen y la consiguiente «transmisión» de la posición pasiva del derecho real de hipoteca, junto con la titularidad de la finca. Y el segundo, la asunción del débito personal, hasta su completa extinción, por parte del adquirente.

El primer efecto —como tuvimos oportunidad de discernir anteriormente— no es más que una consecuencia de la clase de obligación que se pretende asegurar mediante esta especie de hipoteca y de la adscripción natural de la hipoteca rentaria a la variada familia de las hipotecas en general. Sin embargo, el segundo es una especialidad que

(55) Básicamente pueden citarse dos autores: BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, p. 152 y QUIÑONERO CERVANTES, E., *La situación jurídica de renta vitalicia*, op. cit., p. 126.

representa un rasgo de distinción respecto del resto de sus «hermanas» hipotecarias y sobre todo de la hipoteca común.

1. La transmisión de la posición pasiva del derecho de hipoteca

En diversas ocasiones se han puesto en duda los caracteres reales del derecho de hipoteca, especialmente la nota de la inmediatividad (56). No obstante, lo cierto es que, como ha puesto de relieve la doctrina, aun teniendo en cuenta sus peculiaridades y la distinta manera de manifestarse (57), la inherencia o inmediatividad es un rasgo del que no carece en absoluto la hipoteca. Por otra parte, aunque también se dice, en relación con lo anterior, que el acreedor hipotecario no ejerce ningún tipo de posesión sobre la finca gravada (58), en verdad tampoco se ve afectado por los cambios posesorios que sufra el objeto sobre el que recae su derecho, pues, como señala el art. 1876 C.c., la hipoteca sujeta los bienes sobre los que se impone, *cualquiera que sea su poseedor*, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (59). Como es natural, la hipoteca de rentas y prestaciones periódicas también participa de ambos caracteres. Del primero, por aplicación directa del art. 104 L.H. y del segundo, no solamente por aplicación de este precepto, sino singularmente porque a él alude expresamente el propio art. 157 L.H.

Conforme a su párrafo tercero, el rematante de los bienes hipotecados los adquiere con subsistencia del gravamen hasta la completa satisfacción de la obligación garantizada. El motivo de esto ya ha sido explicado, de no mantenerse la vigencia del gravamen a pesar de la ejecución realizada sobre la finca por falta de pago de alguna de las pensiones o prestaciones periódicas, quedarían desprotegidos los sucesivos vencimientos de la obligación asegurada y nos encontraríamos con que bastaría al deudor con no cumplir en cualquiera de dichos vencimientos para lograr la absoluta cancelación de la hipoteca. Como quiera que el gravamen garantiza la totalidad de la obligación y no sólo el cumplimiento de uno o varios vencimientos parciales resulta imprescindible para la eficacia de la garantía que ésta subsista a pesar de su parcial ejecución. Por otra parte, como se trata de un *ius in re aliena*

(56) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973, p. 214.

(57) Vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los créditos hipotecarios*, op. cit., p. 39. Este autor advierte que en el derecho de hipoteca el poder inmediato que el acreedor tiene sobre la finca no consiste en una actividad física, como tiene lugar en los otros derechos reales de garantía (prenda y anticresis), sino, más bien, en una actitud de atención mantenida sobre el objeto de la garantía para pasar a la acción únicamente cuando la integridad de la finca se ve amenazada.

(58) Sobre la distinción entre posesión mediata e inmediata puede consultarse, entre otros, GARCÍA VALDECASAS, G., *La posesión*, Granada, 1987, pp. 29 a 31.

(59) Vid. también la Exposición de Motivos de la Ley de 1961, cuando describe el interés que mueve al acreedor hipotecario: «su crédito no es un crédito personal, es un crédito real, no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes».

que limita el dominio de la finca gravada, sujeto pasivo de la relación real hipotecaria será siempre, en cada momento, la persona que aparezca como titular de la finca, con independencia de la clase de transmisión que haya producido el cambio de propietario.

Parece, no obstante, oportuno insistir en la aplicación directa del art. 104 L.H. y aunque el art. 157 del mismo cuerpo legal aluda simplemente al rematante de los bienes como *sucesor* en la posición pasiva del gravamen hipotecario, esta posición se debe hacer extensiva a cualesquiera otros adquirentes de la finca, tanto por enajenaciones *voluntarias* como *judiciales*, y dentro de las últimas, cualquiera sea el tipo de acción que se haya ejercitado, de las previstas en nuestro ordenamiento, para instar el remate (60).

2. La asunción de deuda

La cuestión que más discusiones origina y de la que hasta ahora la jurisprudencia no nos ha proporcionado una solución definitiva es la de la hipótesis, al parecer bastante hacedera, conforme al tenor literal del art. 157 L.H., de que el adjudicatario de los bienes hipotecados asuma, como consecuencia del remate por falta de pago de alguna de las pensiones o prestaciones periódicas —junto con la carga real hipotecaria— la deuda personal garantizada, hasta el cumplimiento de la plenitud de sus vencimientos.

El hecho de que el adquirente de los bienes rematados asuma la obligación personal asegurada puede deberse a dos géneros de razones.

El primer género comprendería todas aquellas explicaciones que supusieran un cambio en la naturaleza de la obligación garantizada, bien por dejar de ser una obligación meramente personal para convertirse en una especie de obligación real uniforme, compuesta al mismo tiempo por las primitivas responsabilidades real hipotecaria y personal, o bien por invertir sus caracteres tanto la responsabilidad hipotecaria como el débito personal, al pasar al plano de la accesoriedad el débito y al convertirse en *principal* el gravamen hipotecario.

El segundo género incluiría únicamente las explicaciones en las que tanto el débito como la responsabilidad real permanecieran separadas, sin mezclarse y sin que la asunción de deuda implicara ninguna clase de modificación en la naturaleza de uno ni de otra.

(60) Éste es el parecer mayoritario entre los estudiosos del problema. El art. 133 L.H. (en relación con la regla 8.ª del art. 131) permite deducir que la subsistencia del gravamen tiene lugar no sólo en los casos en que se utiliza el procedimiento sumario previsto en el referido art. 131 L. H., sino también cuando se ejerciten cualesquiera otras acciones tanto reales como personales (vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 1339 y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *op. cit.*, p. 53).

Dentro del primer género predominan aquellas opiniones donde el débito personal, como consecuencia de los avatares de la ejecución hipotecaria, bien desaparece totalmente (61), o bien transforma hasta tal punto su naturaleza que deja de ser una obligación *in personam* para convertirse en una obligación real con los caracteres propios de los censos (62). El inconveniente que se advierte —incluso para quienes defienden esta explicación— radica en que a pesar de la transformación del débito en «carga directamente real» el acreedor de las rentas no pierde un ápice de la *supragarantía* que representa la responsabilidad patrimonial universal que acompaña al débito y que, sin embargo, ahora puede exigir al nuevo propietario de la finca gravada (63).

Quienes no llegan tan lejos como para pensar que el cambio que experimenta la naturaleza del débito alcanza a su misma esencia de obligación personal para convertirse en real, consideran, no obstante, que si se produce cierta transformación en los caracteres del débito y de la responsabilidad real, pero que dicho cambio no tiene lugar en la esencia de uno y otra sino en la relación que les une. De manera que el débito deja de ser principal y se convierte en algo residual o accesorio. Residual porque el acreedor de las pensiones va a conservar su acción personal contra el primitivo deudor, a pesar de la transmisión judicial, por las que quedaron sin pagar más allá de los márgenes de lo dispuesto en los arts. 114 y 115 L.H. (64) y accesorio porque en el caso de que se produzca el impago de alguna de las rentas o prestaciones, después de la primera ejecución judicial, el acreedor va a tener que dirigir su acción, conforme al art. 1447 L.E.C., en primer lugar, contra la finca hipotecada y sólo cuando el valor de ésta sea insuficiente para la satisfacción completa del derecho de crédito podrá utilizar la acción personal por el resto (65). Sin embargo, esta preferencia en cuanto al cobro, en mi opinión, no es un efecto que se derive de la ejecución judicial de la finca, sino una consecuencia que impone directamente el ordenamiento jurídico al acreedor a la hora de ejercitar el elenco de acciones de que dispone para el cumplimiento de su derecho y que tiene lugar no a partir del momento de la transmisión de la finca sino desde el de la constitución de la hipoteca.

(61) Ésta es, con algunos matices, la opinión de LA RICA Y ARENAL, R. de (*op. cit.*, p. 319), que evocando al romancero la define simbólicamente con la siguiente frase:

«con la grande polvareda
perdimos a don Beltrane».

(62) Esta opinión, que ha sido asumida por otros autores como ROCA SASTRE, proviene de CABELLO DE LA SOTA, para quien la transmisión de la finca produce, de pleno derecho, por disposición expresa del art. 157 L.H., la unificación del débito o responsabilidad personal con la responsabilidad real, de manera tan sólida que se asemeja a una *carga directamente real* (*vid. La hipoteca en garantía...*, *op. cit.*, p. 113).

(63) *Cfr.* CABALLERO DE LA SOTA, p., *op. cit.*, 114.

(64) *Vid.* RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *op. cit.*, p.1354.

(65) *Cfr.* LA RICA Y ARENAL, R. de, *op. cit.*, p. 292. Otros preceptos además del art. 1447, en apoyo de esta interpretación son el art. 1928 C.c. y el 919 del C. de c.

El segundo género comprende una sola explicación: que como consecuencia de la ejecución coactiva llevada a cabo sobre la finca gravada el rematante asume la obligación principal junto con la responsabilidad hipotecaria, pero sin que en ningún instante se mezclen ni confundan la una y la otra, sino que cambia simplemente el responsable de ambas.

Salvo mejores opiniones, entiendo que, en el caso de que se admita que a causa de la ejecución de la finca gravada el rematante de los bienes asume, en lo sucesivo, la obligación de pagar las rentas y pensiones que resten hasta la completa extinción de la obligación principal, esta última podría ser la explicación que mejor justifica la naturaleza de la obligación que se asume y sus efectos, fundamentalmente, por las siguientes razones:

- a) La primera, por la propia subsistencia de la obligación de pagar las rentas o prestaciones periódicas a pesar de la ejecución llevada a cabo sobre la finca gravada que sólo se extingue en el caso de que el rematante de los bienes hipotecados sea el propio acreedor de las rentas o prestaciones, al producirse confusión de derechos (66).
- b) La segunda, porque si en el momento de constituirse la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas —sin perjuicio de que el deudor personal y el hipotecario coincidieran o no sobre una misma persona— no existía ningún obstáculo en admitir la radical separación entre débito personal y responsabilidad hipotecaria, no se justifica la razón por la que después de la transmisión judicial deje de ser posible dicha separación (67).
- c) La tercera, porque la reducción del débito y la responsabilidad hipotecaria únicamente a la garantía real implicaría —sin que el art. 157 L.H. haga ninguna mención en este sentido— una concentración de la responsabilidad total de la relación de renta o prestación periódica, de manera que desaparecida la finca o cancelada por cualquier otra causa la inscripción de la hipoteca se produciría automáticamente la extinción de la obligación asegurada pese a que pudieran quedar prestaciones o pensiones pendientes de vencimiento. Para que se pueda producir, a mi juicio, este tipo de limitación de la responsabilidad en cuanto al débito garantizado es preciso que así lo estipulen las partes interesadas en la escritura de constitución de la hipoteca, conforme al art. 140 L.H. (68)

(66) *Cfr.* RUIZ ARTACHO, J., *op. cit.*, p. 225.

(67) CABELLO DE LA SOTA, P., por el contrario opina que incluso cuando la hipoteca fue constituida por deuda ajena (fianza hipotecaria) la transmisión onerosa también une ambas responsabilidades, sin bifurcación futura posible (*cf.* *op. cit.*, p. 115).

(68) No obstante, algunos autores como LA RICA asimilan a una misma especie la hipoteca de rentas y la de responsabilidad limitada (*cf.* *op. cit.*, p. 317).

- d) Y la cuarta que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1447 L.E.C., que es un precepto pensado para un determinado tipo de juicio —el juicio ejecutivo— en el que concurren especiales circunstancias, la hipoteca, como el resto de los derechos reales de garantía, tiene en nuestras leyes civiles e hipotecarias un marcado carácter accesorio (art. 1876 C.c. y 104 L.H.), sin que esté previsto en ningún caso que débito y responsabilidad real intercambien sus funciones (69). Creo que ésta es la solución que encaja mejor en el sistema adoptado por nuestro ordenamiento jurídico.

De todos modos hay que reconocer que la asunción de deuda que prescribe el art. 157 L.H. puede perjudicar los intereses del acreedor de las rentas o pensiones en aquellos supuestos en que el deudor originario, surgido directamente del negocio jurídico en el que fueron estipuladas las rentas o prestaciones, sea sustituido por otro que no haya sido aceptado por el propio acreedor. De esta manera parece que se contradice la norma contenida en el art. 1205 C.c., según la cual, la *novación* que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no *sin el consentimiento del acreedor*.

La jurisprudencia recaída hasta el momento parece conforme al exigir, para que en una obligación cambie el sujeto pasivo, que se produzca el consentimiento *expreso* —o, al menos en algunos casos *tácito*— del acreedor, aunque también es cierto que no ha habido ni una sola sentencia ni resolución en la que se haya analizado en los antecedentes de hecho un caso de hipoteca de rentas.

Una de las primeras sentencias que se puede aducir con relación al asunto que nos ocupa, por guardar una relativa semejanza entre su situación fáctica y el supuesto contemplado por el párrafo tercero del art. 157 L.H., es la de 2 de marzo de 1887 (70). En aquella ocasión, una finca hipotecada para asegurar el cumplimiento de parte de su precio aplazado en favor del vendedor fue enajenada por el comprador a un tercero con el pacto de que el postor adquirente quedaría subrogado en el pago del crédito garantizado.

La semejanza es notoria, tenemos, como en el art. 157 L.H., una finca hipotecada en garantía de una obligación que parcialmente todavía no ha vencido y tenemos también un acuerdo entre el primitivo deudor y el último adquirente de la finca de que éste asuma la deuda pendiente de vencimiento.

(69) Tratando de dotar a la hipoteca del máximo grado de autonomía respecto del crédito garantizado se puede llegar a concebir que un mismo gravamen pueda servir de garantía para distintos débitos, pero sin que en ningún caso la hipoteca deje de ser rigurosamente accesorio (vid. PARDO NÚÑEZ, C., *La sustitución de créditos hipotecarios*, Revista Jurídica La Ley, núm. 3499, 15 de abril de 1944, p. 3).

(70) C.L. de jurisprudencia civil, núm. 81, enero-marzo de 1897, pp. 483-486.

La doctrina del Supremo fue clara, «para que prospere la novación de un contrato por subrogación del deudor, y el primero quede libre de la obligación, es necesario que se haga la subrogación *a placer* del acreedor».

Otra sentencia que se cita, aunque con una relación fáctica mucho más distante que la anterior respecto de la materia que comentamos, es la de 8 de enero de 1907 (71). En dicha ocasión, el Tribunal Supremo tuvo que examinar un supuesto en que por virtud de pacto los arrendatarios de unas minas asumían algunas obligaciones debidas por el arrendador.

La doctrina también fue clara al respecto, «se hace necesario en las novaciones que consisten en la sustitución de un deudor por otro, que se haga con consentimiento del acreedor, consentimiento que ha de ser conocido para la determinación de las posteriores relaciones con uno u otro deudor».

Por otra parte, la misma sentencia señaló con precisión que a la hora de *novar* una obligación, conforme al art. 1204 C.c., es preciso que conste «terminantemente» la intención de las partes de sustituir una obligación por otra.

Del mismo modo que en el caso de la sentencia precedente, otra resolución que se suele traer a colación respecto de la interpretación de algunas disposiciones contenidas en la Sección Sexta, del Capítulo IV, del Libro IV, del Código civil, como son los artículos 1203, 1204, 1205 y 1207, es la sentencia del Supremo de 10 de febrero de 1950 (72).

Tampoco aquí el relato fáctico que se examinó es coincidente con el supuesto de hecho del art. 157 L.H. Esta vez, con motivo de analizar la relación mercantil existente entre los litigantes, nuestro más Alto Tribunal sienta la misma doctrina que, como sabemos, consiste en que admitida en nuestro Derecho la figura de la asunción de deuda, o sea, «el contrato por el cual un tercero toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al primitivo», precisa que se haga, en todo caso, con el asentimiento del acreedor.

Igualmente, con relación al problema de la novación y apoyándose en resoluciones precedentes (S.T.S. de 29 de abril de 1947), declara que no toda modificación que implique un cambio de la persona del deudor supone necesariamente la *extinción* de la obligación y la creación de otra nueva, dando cabida en nuestro ordenamiento a la novación *modificativa* (73).

(71) C.L. de jurisprudencia civil, tomo 106, enero-marzo de 1907, pp. 42-56.

(72) C.L. de jurisprudencia civil, enero-febrero de 1950, pp. 639-659.

(73) Algunos autores se niegan a dejar entrar en el sistema de nuestro Código civil a la supuesta novación modificativa por cambio de deudor. Entre otros, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Derecho de obligaciones I*, Valencia, 1991, pp. 192-194.

Llama la atención por encima de otras sentencias del Tribunal Supremo, por la interesante doctrina que establece, la de 11 de diciembre de 1979 (74). En esta resolución, la situación fáctica tampoco tenía nada que ver con el supuesto de hecho que ahora nos incumbe, pero si por alguna razón pudiera ser interesante citarla es porque —quizá por error— dice lo siguiente: «la transmisión de la obligación en el aspecto pasivo, con excepción de las contraídas *intuitu personae*, tiene su asiento en nuestro ordenamiento en el art. 1255 C.c. Esta posibilidad ha sido admitida incluso para la venta de finca hipotecada por el art. 118 L.H. Sin embargo, aunque dicha asunción debe ser expresa con constancia de una específica declaración de voluntad en este sentido por parte del asunto, únicamente requiere el *conocimiento* por parte del acreedor» (75).

En el otro sentido en que estamos examinando estas sentencias, también admite la presencia de la *novación meramente modificativa* en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, puede resultar de interés la doctrina que establece la sentencia del Supremo de 8 de octubre de 1984 (76), que, aún diferenciando del supuesto fáctico del párrafo tercero del art. 157 L.H., como en casi todas las anteriores, nos ayuda a determinar la *forma* en que puede producirse, en la asunción de deuda por parte de un tercero ajeno a la relación originaria, el consentimiento del acreedor.

Declara el Tribunal Supremo que «la novación subjetiva con extinción de la *prior obligatio*, requiere indispensablemente el consentimiento expreso o *tácito* del acreedor por imperativo del artículo 1205 del Código civil» (77). Destaca, pues, el que se admita que el consentimiento del acreedor pueda revestir dos formas: la expresa y la tácita. Aunque con respecto a la última no dice de qué manera debe producirse.

Por otra parte, señala que el asentimiento del acreedor es necesario no sólo para la novación extintiva, sino también para la mera modificación.

Finalmente, aunque se podrían traer a colación muchas más sentencias que responden a los mismos términos que estamos comentando (78),

(74) C.L. de jurisprudencia civil, noviembre-diciembre de 1979, pp. 563-579.

(75) A mi juicio, aquí comete un *lapsus cálami* el ponente de esta resolución al confundir los términos del art. 1205 C.C., pues a diferencia de lo que dispone el precepto exige consentimiento por parte del nuevo deudor —lo que es una obviedad— y sólo *conocimiento* por parte del acreedor, en lugar de respecto del primitivo deudor.

(76) C.L. de jurisprudencia civil, septiembre-octubre de 1984, pp. 4002-4014.

(77) La cursiva es mía.

(78) Unas citadas por la propia jurisprudencia y otras por la doctrina científica (*vid.*, entre otros, ESPÍN CÁNOVAS, D., *Sobre el pago con subrogación*), R.D.P., 1942, pp. 300-327; COSIO, A. de, *La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1945, pp. 187-206; JORDANO BAREA, J., *Asunción de deuda (Sentencia de 10 de febrero de 1950)*, A.D.C., 1950, pp. 1372-1382; GARCÍA VALDECASAS, G., *La sucesión en las deudas a título singular*, Estudios de Derecho civil en Honor del Prof. Castán Tobeñas, Pamplona, 1969, T. II, pp. 207-226; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G., *Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español*, Revista Jurídica La Ley, 1987, IV, pp. 1089-1116 y SANCHO REBULLIDA, F., *Comentario al art. 1205, Comentario del Código civil*, T. II, Madrid, 1991, pp. 301-304.

conviene citar, como una de las más recientes, la de 9 de diciembre de 1988 (79).

El relato fáctico de esta resolución se puede sintetizar del siguiente modo: en una sociedad anónima, uno de sus principales accionistas, a consecuencia de su difícil situación económica personal, decide vender sus acciones y las de su esposa a un tercero con el compromiso de este último de hacerse cargo de una deuda contraída por el transmitente con una suministradora de maquinaria agrícola.

Como se puede observar, se trata de un típico supuesto en que se pretende transmitir una deuda a cambio de parte del precio de unas determinadas acciones que únicamente tiene eficacia *inter partes*. Como era de esperar, el Tribunal Supremo establece la siguiente doctrina: «el consentimiento del acreedor era imprescindible y fundamental para la viabilidad de la finalidad principalmente perseguida al contratar, y el contenido de los arts. 1203.2 y 1205 C.c. no deja lugar a dudas en orden a la necesidad de ese consentimiento».

Todas estas resoluciones, pero sobre todo la dicción literal del art. 1205 C.c., han conducido a que una parte de la doctrina, fundamentalmente la civilista, frente a la hipotecarista, rechaze que pueda producirse una asunción de deuda por el adquirente de los bienes hipotecados, en virtud exclusiva del art. 157 L.H. (80).

En otro orden de cosas, se argüye que de este último precepto parece deducirse que la vinculación futura de la relación jurídica por la que se pacta el pago de la renta o prestación periódica puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 C.c.), porque al deudor le resulta tan sencillo quedar desvinculado de la obligación que simplemente le basta con no cumplir para que tenga que ejecutarse la finca y pase con ella la obligación de pagar a un tercero (81). Sin embargo, esto no es como parece, porque la situación no es diferente de la que disfruta cualquier [otro] deudor hipotecario, pues siempre tiene en su poder la posibilidad de optar entre pagar la obligación de manera voluntaria o esperar a que se ejecute la finca. Asimismo, no debe perderse de vista que a pesar del remate de los bienes, cuando éstos fueren insuficientes para la satisfacción del crédito, el deudor personal continuará siendo responsable *personalmente* del cumplimiento de la obligación asegurada (82).

(79) Tribunal Supremo, jurisprudencia civil, edición del C.G.P.J., B.O.E., Madrid, 1992, cuarto trimestre de 1988, pp. 1303-1307;.

(80) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, J., *op. cit.*, p. 152 y QUIÑONERO CERVANTES, E., *op. cit.*, p. 126.

(81) Cfr. LARICA Y ARENAL, R. de, *op. cit.*, 319. Por eso parece que consista en una hipoteca de responsabilidad limitada.

(82) Cfr. LARICA Y ARENAL, R. de, *op. cit.*, p. 292.

Por otra parte, si en verdad fuere una vulneración del art. 1256 C.c., no sería la única existente y reconocida por nuestro ordenamiento, pues recientemente la Ley de 21 de noviembre de 1991, al introducir una *facultad legal de desistimiento* en favor del comprador (art. 5), también ha *afectado y modulado*, como señala su Exposición de Motivos, el régimen del perfeccionamiento y eficacia de los contratos (83).

De todas formas, para tachar de *imposible* la asunción de deuda por parte del rematante de los bienes hipotecados tendría que demostrarse, a mi juicio, el perjuicio causado al acreedor de las rentas o pensiones, según se desprende del precepto, casi olvidado, que contiene el art. 1207 C.c. Es decir, aunque por efecto de la novación se extinga la obligación principal por cambio de deudor, la hipoteca y el resto de las obligaciones accesorias subsistirán en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento. Si se mantiene la hipoteca es porque el ordenamiento jurídico considera que la nueva obligación también merece ser asegurada, y si es digna de ser asegurada es porque se trata de una obligación válida para nuestro ordenamiento jurídico.

Dentro del grupo de los terceros potencialmente perjudicados por el cambio de deudor no hay que olvidar que también se deben incluir, además del acreedor del deudor primitivo, los restantes acreedores del adjudicatario de los bienes rematados, porque al permanecer la misma hipoteca y conservar al mismo tiempo su rango nos encontramos con que los acreedores del nuevo deudor de la obligación garantizada pueden verse dañados por la asunción del débito y de la responsabilidad real.

La posibilidad de sustitución de un crédito garantizado por otro con subsistencia de la misma hipoteca ya estaba contemplada por el Proyecto de Código civil de 1851 (84). No obstante, si se sigue por este camino se llega a la conclusión de que en verdad no ha habido una efectiva novación, sino una simple modificación en el lado pasivo de la obligación (art. 1203.2 C.c.), porque al mantenerse el carácter rigurosamente accesorio del derecho de hipoteca nos apercebimos de que el gravamen real garantiza —como ha señalado un autor (85)— «una unidad compleja e inescindible gobernada por una misma causa, aunque servida en momentos temporales distintos, por dos obligaciones diferentes». Si en nuestro Derecho las obligaciones se identifican y se singularizan en virtud de su causa (86), se columbra la conclusión de

(83) B.O.E. de 26 de noviembre de 1991, núm. 283, ref. 2806.

(84) Art. 1140 del Proyecto de GARCÍA GOYENA (vid. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo 2, Madrid, 1852, p. 158).

(85) PARDO NÚÑEZ, C., *La sustitución de créditos hipotecarios*, op. cit., p. 3.

(86) Sobre la importancia de la causa en la identificación de los negocios jurídicos, vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reedición facsímil, Madrid, 1985, p. 202.

que realmente no nos encontramos en presencia de dos obligaciones aseguradas, sino de una *sola*. Por otro lado, como hemos tenido ocasión de comprobar en algunas de las sentencias referidas anteriormente es doctrina reiterada y abundante de nuestro más Alto Tribunal, encabezada por la destacada sentencia de 29 de abril de 1947 (87), que para que se produzca una novación *extintiva* o propia, por cambio del sujeto pasivo de la obligación es necesario, tal como prescribe el art. 1204 C.c., que haya una declaración terminante de las partes de extinguir la primitiva relación obligatoria o que entre la obligación nueva y la antigua exista una absoluta incompatibilidad. De no ser así, en el resto de los casos, nos encontraremos ante una simple modificación (88).

A todo esto se debe añadir que en lugar de una novación extintiva de la obligación se puede hablar en muchos casos, siquiera sea por partes, de una asunción cumulativa de deudas, por que el rematante de los bienes hipotecados *asume solamente, respecto de la deuda garantizada*, el pago de las pensiones o prestaciones futuras hasta su vencimiento o hasta que vuelva a ejecutarse la finca. Su responsabilidad respecto de las rentas y pensiones vencidas pero no pagadas es *real* y alcanza únicamente las comprendidas dentro de los límites de los arts. 114 y 115 L.H. (las de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente), de manera que el deudor primitivo sigue siendo responsable respecto de las rentas anteriores a dicho plazo, que, por cualquier razón, a pesar de la ejecución, hubieran quedado insatisfechas.

Hemos tenido ocasión de comprobar cómo realmente no existe ni una sola sentencia en la que se examine propiamente el problema de la asunción de deuda a que se refiere el art. 157 L.H., la única que guarda algunas semejanzas con el tema planteado es la de 2 de marzo de 1897, porque en sus antecedentes de hecho aparecía un gravamen hipotecario en garantía de una obligación parcialmente pendiente de vencimiento. Sin embargo, la diferencia fundamental que hace que la doctrina contenida en dicha sentencia no se pueda aplicar al supuesto de hecho regulado en el párrafo 3.º del art. 157 L.H. es la del medio a través del cual se produce la asunción de deuda. En el relato fáctico de la sentencia de 2 de marzo de 1897 la sustitución de la persona del deudor de la obligación asegurada se pretendía que sucediera de manera voluntaria por medio de un compromiso celebrado entre el primitivo deudor y su sustituto, mientras que en la norma contenida en el art. 157 L.H. la asunción de deuda que tiene lugar se produce por disposición legal. En efecto, los arts. 1205 del Código y 157 de la Ley Hipotecaria regulan dos categorías de asunción de deuda de naturaleza diferente. La primera

(87) C.L. de jurisprudencia civil, mayo-junio de 1947, pp. 270-293.

(88) Otras sentencias que abundan en este mismo criterio que se pueden aducir en su apoyo son: la de 8 de enero de 1907, 10 de febrero de 1950, 11 de diciembre de 1979 y 8 de octubre de 1984.

voluntaria y la segunda de carácter legal (89). La misma distinción se puede hacer entre la prevista por el art. 118 con respecto a la del art. 157, aunque los dos preceptos parezcan regular figuras parecidas y estén incluidos en el mismo cuerpo de normas. Por este motivo, según mi opinión, no parece que esté del todo claro que el art. 1205 C.c. tenga necesariamente que ser aplicado a la situación que acontece tras la ejecución de la hipoteca de rentas.

Si a pesar de todo siguiéramos pensando que tanto la asunción de deuda prevista por el art. 1205 C.c. como la regulada en el art. 157 L.H. son de la misma naturaleza, todavía quedarían otros dos argumentos a favor de la asunción legal de deuda descrita por este último precepto. A saber: el del carácter específico del art. 157 respecto al genérico del art. 1205, conforme al apotegma *lex specialis derogat generalis*, que haría inaplicable este artículo al supuesto de hecho que estamos analizando y el de carácter de norma posterior del art. 157 L.H. respecto del art. 1205 C.c., conforme al otro conocido brocardo *lex posterioris derogat anterioris*, que igualmente haría inaplicable el art. 1205 al referido supuesto fáctico (90).

Aunque el art. 157 L.H. alude únicamente al rematante de los bienes hipotecados como asumente de la obligación principal garantizada, dando por hecho que la transmisión de la finca debe producirse de manera judicial, algunos autores han considerado que la interpretación de este artículo debe ir más allá extendiéndose no sólo a los casos en que la enajenación de la finca tenga lugar como consecuencia del remate y posterior adjudicación de la finca a un tercero, sino también a los demás supuestos en que la transmisión de la finca acontezca de manera voluntaria (91).

Se aduce que si no fuera así nadie realizaría negocios transmisivos de esta índole, porque, si para la compra de la finca gravada se ha procedido a deducir del precio el importe capitalizado de las rentas pendientes de vencimiento, parecería abusivo exigir al deudor el cumplimiento

(89) Entre los supuestos que la doctrina suele distinguir como de asunción legal de deuda se citan junto a la que se produce a raíz de la hipoteca de rentas la que surge como consecuencia del pacto de limitación de responsabilidad en la hipoteca regulada por el art. 140 L.H. (cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 1343).

(90) Otro argumento que se aduce en favor de la asunción legal contenida en el art. 157 L.H. es el siguiente: si los arts. 131 y 135 no implican asunción de deuda —no obstante la ejecución hipotecaria— la repetición aparente que comporta el art. 157 L.H. debe tener un nuevo y profundo significado, «que en este determinado caso sí se produce el fenómeno de la asunción de deuda, y ello tanto si la ejecución se ocasiona por razón de la misma hipoteca de renta, en méritos a pensiones vencidas y no satisfechas, como en los casos en que tenga lugar por causa de cargas posteriores a ella y deba entonces subsistir la hipoteca de renta como gravamen preferente (vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 1350).

(91) Cfr. ROCA SASTRE, R.M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, p. 762; LA RICA y ARENAL, R. de, *op. cit.*, p. 320, y CABELLO DE LA SOTA, P., *op. cit.*, p. 115.

dos veces de la misma obligación (92). No obstante, no permite llegar a esta solución, con absoluta certeza, el tenor literal del art. 157 L.H. —que es el argumento verdaderamente poderoso, a mi juicio, en el caso de la ejecución forzosa de los bienes—, mientras que, por otro lado, el contenido del art. 118 L.H. —que contempla expresamente el supuesto de venta de finca hipotecada— exige el consentimiento del acreedor.

¿Por qué se produce esta diferente transcendencia entre los artículos 157 y 118 de la Ley Hipotecaria? A mi modo de ver, dos son las razones de esta diferencia. En primer lugar, la de la *persona* que provoca la transmisión de la finca. En el primer caso, en el de la ejecución judicial, la transferencia de la finca viene instada por la persona que por disposición legal debe soportar la asunción de deuda por parte de un tercero, salvo que el adjudicatario de los bienes sea el propio acreedor, como consecuencia del ejercicio de las acciones oportunas, luego la consecuencia es un efecto que deviene de sus propios actos; mientras que en el segundo caso, en el de la transmisión voluntaria de la finca, la potencial asunción de deuda devendría de un acto realizado por un tercero, el deudor, del cual no pueden derivarse contra el acreedor efectos no consentidos. Y, en segundo lugar, existe otra razón que no es otra que la del *interés* en virtud del cual se produce la ejecución judicial de los bienes hipotecados. Evidentemente, el interés que se trata de proteger, que no es otro que el cobro de las pensiones vencidas y no satisfechas, es precisamente el interés del acreedor, luego si se produce la asunción de deuda por parte de un tercero no es porque se trate de perjudicar el interés del acreedor hipotecario, sino, al contrario, de defenderlo. Por este motivo, el que cambie el sujeto pasivo de la deuda personal no solamente no perjudica al acreedor sino que le beneficia, puesto que el deudor originario dejó de cumplir lo que le incumbía.

VI. CONCLUSIONES

La vigente Ley Hipotecaria ha venido a dar carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico a la hipoteca de rentas. Ésta podría ser definida, de acuerdo con su naturaleza y efectos, como aquel gravamen real, de carácter accesorio, que asegura el cumplimiento de una obligación temporal que consiste en pagar, durante cierto número de plazos, unas rentas o prestaciones, sujetando directamente los bienes inmuebles sobre los que se impone y cualquiera que sea su poseedor al cumplimiento de la obligación y que produce, en caso de ejecución de los bienes gravados por falta de pago de alguna o algunas de las rentas o prestaciones, la subsistencia del gravamen y la asunción de la restante

(92) LA RICA Y ARENAL, R. de, *op. cit.*, p. 320.

deuda garantizada pendiente de vencimiento por parte del rematante de los bienes.

No obstante, como demuestran algunas de las resoluciones anteriormente comentadas, y, en especial la de 31 de mayo de 1892, la posibilidad de constituir hipotecas en garantía de estas obligaciones no era una circunstancia ajena ni carente de existencia en nuestro Derecho.

La hipoteca rentaria es una hipoteca muy especial, más especial que algunas otras, a juzgar por sus características, pero inconfundible en cuanto a su propia identidad. No debe tomarse por una hipoteca de seguridad cualquiera, por más que en algunos supuestos el término final de la obligación asegurada dependa de un suceso incierto como es la duración de la vida humana u otro semejante, ni tampoco por una de máximo ni de responsabilidad limitada.

La gran diferencia entre las hipotecas de seguridad y la rentaria radica, a pesar de sus notables puntos de coincidencia, en el requisito de integridad del crédito garantizado que contempla el párrafo 1.º del art. 157 L.H. Mientras las hipotecas de seguridad pueden ser constituidas faltando algunos de los elementos de la obligación principal, e incluso antes de su nacimiento, el negocio por el que se comprometa el pago de las rentas o pensiones aseguradas debe ser totalmente descrito al constituir la hipoteca de rentas.

Por otra parte, la hipoteca rentaria asegura sin límite todas y cada una de las rentas y pensiones que surjan de la relación jurídica asegurada, el único máximo por el que responde la garantía, respecto del cumplimiento de la obligación asegurada, es el del valor intrínseco de la finca, como en cualquier otra hipoteca.

Y, por último, para finalizar, aunque nada empece que las partes puedan establecer un límite de responsabilidad, referido al valor de los bienes hipotecados, respecto del cumplimiento de la obligación garantizada, no deben confundirse tampoco hipoteca rentaria y de responsabilidad limitada, pues en la primera el deudor sigue siendo responsable de la obligación principal y ésta no se extingue tras la ejecución de la finca, sino que traslada la posición de sujeto pasivo a otra persona, mientras que en la segunda el deudor principal queda liberado quedando exclusivamente vinculado por el gravamen hipotecario.

De todos modos, aparte de estas cuestiones relativamente interesantes, la más grave consecuencia práctica que produce la hipoteca rentaria es la asunción de la obligación principal por parte del rematante de los bienes hipotecados. Ésta es la cuestión que ha hecho dudar de la *legalidad* e incluso de la *justicia* del precepto contenido en el art. 157 L.H.

Sobre el carácter meramente instrumental
de la transmisión del «ius delationis»
(*ex* artículo 1.006 del Código Civil).
La posición jurídica del transmitente y
del transmisario

JOSÉ-LUIS FERNÁNDEZ ÁLVAREZ
CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE

Notarios

SUMARIO: I. Preliminar.—II. Conceptos básicos.—III. La «*Conditio Iuris*».—IV. ¿Cuánto puede transmitir el delado-transmitente y bajo qué presupuestos se opera la transmisión?.—V. La transmisión del art. 1.006 C.c. es una mera transmisión instrumental.—VI. La posición del transmitente delado.—VII. En virtud de la retroacción de efectos el transmitente es heredero del primer causante, y no lo es el transmisario.—VIII. La cuestión de la capacidad del transmisario.—IX. De ser el transmisario heredero del primer causante se vulnera el art. 670 C.c. en unos casos y se producen consecuencias absurdas y antijurídicas en otros.—X. La teoría aquí defendida se compatibiliza mejor con el criterio romanista que sigue nuestro derecho.—XI. Epílogo.

I.— PRELIMINAR

Escribir sobre *el Derecho de Transmisión en la sucesión «mortis-causa»*, es una tarea espinosa.

La *dificultad* se manifiesta porque los conceptos utilizados para delimitar la materia no son inequívocos y están sometidos, tradicionalmente, a una constante revisión o precisión por diversas corrientes doctrinales.

Tal es el caso de conceptos como: sucesión «mortis causa»; vocación o delación hereditarias; «ius delationis»; heredero y herencia, etc. etc...

Habida cuenta de lo anterior, se ha creído oportuno comenzar la exposición del presente trabajo con unos *conceptos básicos y mínimos* que permitan centrar la cuestión y encarrilar el razonamiento. Y, a estos efectos, se han escogido las opiniones más comunes y pacíficas entre los autores; con la mayor brevedad y precisión que nos ha sido posible.

Con todo, no se va a hacer un estudio pormenorizado del Derecho de Transmisión en nuestro Derecho.

Tan sólo nos ocuparemos en este artículo de la cuestión que *más polémica doctrinal* ha suscitado (y aún suscita) en relación con el Derecho de Transmisión; cuestión que nosotros consideramos *crucial y capital* por sus graves repercusiones: en materia de capacidad, protección de derechos legítimos y del cónyuge viudo; imputación de donaciones, derechos de los acreedores, etc. etc.

Nos estamos refiriendo al problema de *si el transmisario*, cuando actúa o ejercita el «ius delationis» contenido en la herencia de su causante y transmitente, *se convierte en heredero del primer causante o si, por el contrario, en simple heredero del transmitente* (o segundo causante).

Pues, de seguir una u otra teoría, las consecuencias son muy distintas.

Tras la publicación por ROCA SASTRE (en «*Estudios de Derecho Privado*», II, Madrid, 1948 pp. 294 a 301) de unas precisas reflexiones sobre el Derecho de Transmisión, parecía que la cuestión en nuestro derecho había quedado clara respecto a que el transmisario era verdadero y directo heredero del transmitente.

Sin embargo, un poco más tarde, el profesor ALBALADEJO publicó un completísimo trabajo sobre la materia: *La sucesión «Iure Transmissio-nis»*, (en A.D.C., 1952, pp. 912 a 971). En dicho trabajo sostenía y razonaba la posición contraria: el transmisario es verdadero y directo heredero, no del transmitente (segundo causante), sino del primer causante. Posición que ha mantenido después en numerosas publicaciones (p. ej.: «Derecho Civil» V, 1, p. 93...). (Aunque son muchos los que siguen la posición de Albaladejo, se ha escogido a este autor porque su trabajo es «clásico» y paradigmático entre los autores patrios, así como por la pureza y precisión en los conceptos y lenguaje que utiliza).

Pues bien, a partir del trabajo de Albaladejo, se ha abierto un abismo definitivo entre los autores patrios que defienden una u otra posición doctrinal sobre el particular; y esta polémica (que también se da en Derecho comparado) aún sigue sin cerrarse (si es que alguna vez se cierra).

A ello ha contribuido, además, la ausencia de fallos definitivos sobre la materia, tanto de la D.G.R.N. como por el T.S.; lo que demuestra aún más lo tormentoso del asunto.

Sin embargo, entre todos los autores que más tenazmente han insistido en la teoría de Roca, ha sido el profesor LACRUZ BERDEJO (Por todas, su obra «*Elementos de Derecho Civil*», V; «*Derecho de Sucesiones*», pp. 54 a 56; que resume su posición en este punto). Pero, no obstante sus afirmaciones al respecto, existen en la explicación de su teoría ciertos claroscuros, en lo concerniente a los efectos retroactivos de la aceptación por el transmisario y a la capacidad que éste requiere para adquirir la herencia del primer causante. Cuestiones estas que, al no ser rebatidas de manera terminante, parecen un apoyo definitivo a la teoría del profesor Albaladejo.

Así pues, se pretende por *NOSOTROS*, en este artículo, hacer un nuevo intento para demostrar, siguiendo a Roca y Lacruz (entre otros) que, efectivamente *el transmisario es heredero del transmitente* y en modo alguno del primer causante. Explicando, a nuestro entender, qué es en realidad lo que encierran las palabras del oscuro artículo 1.006 de nuestro Código Civil.

Y, en último término, abrir *un nuevo camino* de investigación para el futuro, con *un enfoque distinto* al tradicional.

Pero antes de pasar al examen de nuestra teoría, conviene que se recuerden los distintos puntos de vista sobre la materia.

A).—Respecto de la posición de ALBALADEJO lo mejor es leerse su trabajo, ya mencionado. Aquí se propone un *resumen en lo esencial de su pensamiento*; resumen que se ha tomado de nuestro familiar y querido CASTÁN («*Derecho Civil*», VI, volumen II, año 1973, p. 193).

Otro resumen más largo, aunque muy preciso, es el que hace O'CALLAGHAN, al comentar el artículo 1.006, en los «*Comentarios al Código Civil*», Ed. Ministerio de Justicia, Tomo I.

Pues bien, para Albaladejo, «subsiste la primera delación, es decir, el «*ius delationis*», que nació del primer llamamiento, pero con la muerte de su titular, el «*ius*» se transmite a sus sucesores, *por lo que cambia el sujeto que puede adquirir la herencia una sola vez deferida*, aunque el derecho en base al que la adquiere sigue siendo el mismo que tenía su transmitente.

Para este mismo autor, *el adquirente, es sucesor del transmitente en el «ius delationis» y sucesor del primer causante en la herencia de éste*. Pero sucesor directo, recta vía, y no a través del transmitente. Este es sólo un órgano que transmitió el derecho a aceptar. De manera que *la retroactividad de la aceptación del adquirente del «ius delationis» debe producir el efecto de dar por adquirida por dicho adquirente la herencia del primer causante en el momento de la muerte de éste*.

El transmitente sólo ha sido el vehículo por el que el «*ius delationis*» ha ido a parar al adquirente, pero éste sucede directamente al primer causante de la herencia y al transmitente en la suya, y dentro de ella en el «*ius delationis*» que le posibilita la adquisición de aquélla; es

decir, que estamos ante dos sucesiones distintas de dos personas diferentes, *requiriéndose por tanto doble capacidad sucesoria*».

Esta es, pues, la esencia de la teoría de Albaladejo.

B).—Respecto a la posición de ROCA y LACRUZ nos remitimos íntegramente a sus trabajos (antes citados) por la brevedad y claridad de los mismos que hace el resumen innecesario (aunque después haremos alguna matización).

Por otro lado, es el argumento de Albaladejo el que nos interesa para este trabajo.

Tan solo indicar que para LACRUZ, «la aceptación del transmisario determina que herede el segundo causante (o sea, el primer instituido) y *sólo a través de la herencia de éste*, produciendo sus efectos en la herencia de éste, *como parte de la herencia de éste, llega hasta la esfera jurídica del transmisario la sucesión del primer causante*.

El transmisario ha recibido del segundo causante el derecho a aceptar la herencia del primero, pero la Ley no puede hacer que el transmisario sea directamente llamado a ella, puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento...

La adquisición de la herencia se verifica con *efecto retroactivo al momento del fallecimiento del primer causante, cosa indispensable para que no se produzca una solución de continuidad en las relaciones jurídicas*. El transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante: heredero es el segundo causante (transmitente), y, por tanto, si el transmisario repudia la herencia, podrán los acreedores de aquél aceptarla en virtud del art. 1.001 C.c.».

Y sin más preámbulos, pasamos ya a exponer nuestra opinión.

II.— CONCEPTOS BÁSICOS

El llamado «Derecho de transmisión» viene recogido en norma precisa por nuestro Código Civil en el artículo 1.006, que dice : *«Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía»*.

El supuesto de hecho, siguiendo a GITRAMA, es claro: Fallece A dejando como heredero a B, el cual fallece posteriormente sin aceptar ni repudiar la herencia de aquél, por lo que su derecho pasa (vía art. 1.006) a su heredero C, pudiendo ocurrir que, así mismo, fallezca C, también sin aceptar ni repudiar, por lo que tal derecho pasará a D..., y así sucesivamente, sin límite alguno, hasta que se adquiera la herencia en cuestión o se la repudie.

Naturalmente, lo anteriormente expuesto es *una consecuencia lógica de los sistemas hereditarios* que, como el nuestro, *exigen la ACEPTACIÓN* (sea expresa, tácita o, incluso, presunta o por atribu-

ción «ex lege» —artículos 1.005 y 1.009—) como requisito inexcusable (= «conditio iuris ó sine qua non» = presupuesto de validez o eficacia) para LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA.

Es decir, que sólo podemos hablar de «Ius transmissionis» en estos sistemas de adquisición de la herencia mediante su aceptación; y, por consiguiente, no se puede hablar de tal en los sistemas de adquisición «Ipsa Iure» (como ocurre en el sistema germanista).

Aunque autores como G. GARCÍA VALDECASAS animaron la cuestión (R.D. Privado, 1944), defendiendo la solución llamada germanista para nuestro Derecho, lo cierto es que la práctica unanimidad de nuestra Doctrina (De Buen, De Diego, Roca Sastre, Lacruz Berdejo, Albaladejo, Martín Blanco... etc.) mantiene como criterio más seguro el llamado de la tesis «romanista» o de necesidad de la aceptación para la adquisición de la herencia.

Nosotros no entraremos en polémicas, pero dejamos sentado desde ahora que la cuestión no ofrece discusión ni dudas sobre el carácter claramente «romanista» que sigue nuestro Derecho positivo. Tan solo aclarar (aunque, por obvio, sería casi innecesario) y a los solos efectos de retener bien esta idea, que en los sistemas de adquisición *IPSO IURE*, la delación produce la adquisición; de manera que la aceptación sólo confirma la adquisición ya realizada. Ahora bien, el heredero no está obligado a aceptar, y, si renuncia oportunamente, se entiende que en ningún momento ha adquirido la herencia. Como dice LACRUZ, la aceptación, en estos sistemas, funciona de manera negativa, en cuanto que representa una renuncia al derecho a repudiar; mientras que la repudiación tiene una función positiva, porque sirve para destruir lo que ha sido adquirido ya. Es el sistema que para la adquisición de los LEGADOS se sigue por nuestra legislación; y, por supuesto, para la adquisición de la herencia por el Código Civil Alemán, en el Civil Suizo y el Francés.

Sin embargo, en el sistema «romanista» que sigue nuestro Código Civil, el delado solamente adquiere la herencia mediante la aceptación. Hasta entonces, no se convierte en heredero (¡¡). De forma que entre DELACIÓN y ADQUISICIÓN media un lapso de tiempo más o menos largo, aunque luego la ACEPTACIÓN opere con efectos RETRO-ACTIVOS. En este lapso de tiempo no hay heredero, sino meramente un sujeto llamado a serlo; y la herencia se haya «yacente».

Así pues, para la ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA, en nuestro Derecho se exige la aceptación por el llamado a ser heredero.

Pero, desde que fallece una persona hasta que se adquiere su herencia, se suelen distinguir una serie de fases o etapas (que pueden coincidir en el tiempo) aunque siempre pueden separarse conceptualmente.

En este sentido, es común opinión entre la práctica unanimidad de los autores distinguir entre: 1.º) La apertura de la sucesión; 2.º) La Vocación a la herencia; 3.º) La Delación de la herencia; y 4.º) La Adquisición de la herencia.

1.^o).—La *APERTURA de la sucesión*, se produce en el momento de la *muerte* del causante (a la que se equipara, con algún matiz, la declaración de fallecimiento); es decir, necesaria y forzosamente en ese instante: ni antes ni después. En ese momento, el conjunto de relaciones jurídicas de que era titular el difunto, se ha convertido en «herencia», en espera de un heredero.

2.^o).—La *VOCACIÓN a la herencia*, es un llamamiento «*in abstracto*» de todos los posibles herederos «abintestato» o designados principal o subsidiariamente por el testador, en el momento de la muerte del causante. Es decir, la muerte, que produce automáticamente la apertura de la sucesión, provoca también y simultáneamente, aunque como fase jurídica conceptualmente independiente, la vocación o llamamiento a la herencia.

3.^a).—La *DELACIÓN de la herencia*, es el *concreto ofrecimiento* de la herencia (Como decía el Digesto: «*Delata hereditas intelligitur quando quis possit adeundo consequi*»; la palabra «Delación», se deriva del verbo latino *defero, defere, detuli, delatum*, que significa presentar u ofrecer). Supone un paso más: implica la existencia de una persona concreta y determinada llamada a la herencia, con posibilidad inmediata de aceptarla. Como dice LACRUZ, esa *posibilidad inmediata de aceptar* es la característica de la Delación.

En definitiva, no todos los llamados o vocados van a ser «Delados». Sólo serán delados aquellos que reúnan (cumulativamente) los *requisitos* requeridos por la Ley para ello:

- 1.— Que la sucesión esté abierta;
- 2.— Que exista una designación, llamamiento o vocación para suceder, siendo indispensable que el llamado esté determinado o, cuando menos, sea determinable; si bien hay que aclarar que, en este último caso (mientras el designado no se haya determinado) la herencia no está puesta a su disposición y no la puede aceptar (v. grac. cumplimiento de la condición suspensiva —«*conditio facti*»— o nacimiento del concebido);
- 3.— Que el llamado sobreviva al difunto;
- 4.— Que el llamado a la herencia tenga aptitud y capacidad.

4.^o).—La *ADQUISICIÓN de la herencia*. Es la última fase; y se produce por la *aceptación* de la misma por el heredero, el cual asume el conjunto de titularidades transmisibles del causante (activas y pasivas).

Esta es pues la *opinión más compartida* entre los autores, y nosotros así la aceptamos.

NO OBSTANTE, y sin entrar en profundidades mayores (en lo que interesa a este trabajo), conviene hacer *algunas precisiones más*, para acabar de perfilar la figura del «Delado».

A) Ante todo, no se deben desconocer los trabajos de ROCA SAS-TRE («La Designación, la vocación y la delación sucesorias», en sus «Es-

tudios» Pi y Suñer, 1962) ni tampoco el de ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA («Designación *mortis-causa*, vocación hereditaria y adquisición automática», en R. D. Notarial, mayo-junio, año 1959).

Estos autores, recogiendo abundante doctrina italiana (Barbero, Messineo, Cicu, Nicolo, Coviello, Gionfrida,... entre otros), introducen, conceptualmente, el término «*DESIGNACIÓN*». Según ellos, cuando por la muerte de una persona se abre su sucesión, el nuevo sujeto que ha de ocupar la posición jurídica del causante se designa por la Ley o por el testador. Pero esta designación NO adquiere valor jurídico, actual y concreto, sino en el momento en que se abra la sucesión; quien, en ese momento, se encuentra designado adquiere derechos. Y se habla de «*Vocación*» para concretar ese momento de la operatividad de la designación.

Pues bien, esa «entrada en consideración jurídica» de la designación de heredero, es en lo que consiste la Vocación; la cual tiene lugar al abrirse la sucesión.

En resumen, *la designación precede a la apertura de la sucesión* (en un tiempo en que aún carece de relevancia jurídica) y sólo *adquiere valor jurídico* a partir de la *apertura* de la sucesión, como presupuesto de la vocación.

En todo caso, esta precisión NO cambia las cosas para lo que se pretende en este trabajo (en donde nos interesa, básicamente, el momento de la delación y la figura del «Delado»); aunque ayuda a comprenderlo mejor.

B) Así mismo, conviene aclarar que *VOCACIÓN* y *DELACIÓN*, pueden coincidir o no en el proceso sucesorio.

Y así, distinguiremos, con L. Roca-Sastre MUNCUNIL (que resume la doctrina de ROCA en su citado trabajo: «La designación, la vocación y la delación sucesorias...») entre:

a) *Vocación con delación inmediata*. En este caso, al tiempo de abrirse la sucesión del causante, se produce la vocación y se opera la delación, sincrónicamente. La vocación y la delación coinciden en el tiempo.

b) *Vocación con delación diferida*. Que tiene lugar cuando la designación está hecha bajo condición suspensiva («*conditio facti*») o el designado se encuentre sólo concebido. En ambos casos hay vocación, mas sin poder producirse la delación mientras pende el cumplimiento de la condición o el designado ya haya nacido.

c) *Vocación con delación sucesiva*. Tiene lugar cuando el designado/os que sean de rango posterior, tienen en la misma herencia otro u otros designados de rango anterior o de preferente llamamiento. A favor de los primeros designados se produce una vocación con delación inmediata (o, en su caso, diferida), y en cuanto a los designados posteriores o de rango sucesivo en orden, se produce una vocación, pero no

la delación a su favor. La designación anterior en orden con su vocación, impide la delación de los designados posteriores.

Tal es el caso de la sustitución vulgar; la sucesión intestada por desvanecimiento de la sucesión testamentaria y la sucesión por derecho de representación.

Esta clasificación conceptual es interesante para nuestro trabajo, con el fin de dejar bien sentado que *solamente la PERSONA DELADA, previamente designada* (o, si se prefiere, «nombrada») por el testador o por la Ley, con carácter único o preferente, exclusivo o excluyente, *va a poder ser heredera* del causante.

¡¡NO VA A PODERLO SER NINGUNA OTRA PERSONA!!

En resumen, como dice ALBALADEJO (aquí estamos de acuerdo con él) *con la palabra «Delación»* se hace referencia «al poder de suceder mortis causa al causante. *Pero* se trata de un *poder jurídico ACTUAL* (no eventual) y *CONCRETO* de hacer propia la herencia o la parte de ella a la que se es llamado» (sic).

O, dicho de otra manera, la persona que tiene delación actual y concreta va a impedir que cualquier otro posible llamado o «vocado» pueda adquirir la herencia que se le ofreció a aquél.

Por otra parte, el título o cualidad de «DELADO» (al igual que el título o cualidad de heredero) es personalísimo y, por lo tanto, intransmisible (después abundaremos en esto).

Por todo ello (y, no menos, por lo que después diremos con amplitud respecto de otras cuestiones), pensamos que en el llamado Derecho de Transmisión, recogido por el art. 1.006 del C. Civil en norma precisa, *el transmisario, QUE NUNCA FUE DESIGNADO POR EL PRIMERO CAUSANTE NI DELADO EN SU HERENCIA, JAMÁS PUEDE SER SU HEREDERO.*

El «*muro jurídico*» que supone la delación exclusiva y excluyente, actual y concreta, en favor del transmitente, impide esta posibilidad.

Retengamos, pues, bien estos conceptos (sobre los que después volveremos) para la correcta comprensión del presente trabajo.

No obstante, y antes de entrar en lo que constituye la «materia» propiamente dicha de este artículo, conviene esquematizar en lo fundamental el «*Derecho de Transmisión*» por lo que concierne a sus *REQUISITOS*, a fin de que sirva de hilo transmisor para posteriores reflexiones. El resumen más claro, conciso y preciso lo escribí (a nuestro entender) ROCA SASTRE («Estudios de Derecho Privado» Tomo II) ya en 1948. Por lo tanto, siguiendo a dicho autor, hemos de decir que: «Para que se produzca el Derecho de transmisión, se requieren los siguientes requisitos:

a) Que una herencia, testada o intestada, se halle *deferida* a un heredero o coheredero, *sin que éste la haya aceptado ni repudiado, ni sea incapaz de suceder.*

— Si este heredero o coheredero ha *aceptado* esta herencia, ya no cabe derecho de transmisión propiamente dicho, por cuanto se trata de bienes ya ingresados como tales en su patrimonio.

— Si este heredero o coheredero *premuirió* al causante o antes de la delación (recuérdese, por ejemplo, el caso de institución de heredero por testamento sujeta a condición suspensiva y los casos de delación retardada o sucesiva), la herencia ya no está *deferida* a su favor. Y si tal heredero o coheredero *repudia* esta herencia, o es *incapaz* de heredar, entonces, si bien hubo delación a su favor, esta delación, llamamiento o vocación quedó inoperante y no cabe transmisión a favor de sus herederos. Por esto el artículo 766 del Código Civil dice: “El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmite ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857”. Este precepto —dice ROCA— es de redacción desgraciada: por la palabra “voluntario”, sobre todo al aludirse al artículo 857; la palabra “testador”, que debería ser sustituida por la de “causante”, ya que el art. 766 es igualmente aplicable a la sucesión testada que a la intestada; y la referencia a los artículos 761 y 857 es inoportuna, por cuanto estos preceptos establecen una especie de “*successio gradum*” y no un derecho de representación sucesoria y menos de transmisión».

b) Que el heredero o coheredero (o, mejor dicho, que «el llamado a ser heredero») *fallezca* durante tal situación de herencia *deferida* y *siendo capaz de heredar.*

Si se dan estas dos circunstancias o supuestos, entonces el «*ius delationis*», o sea, el derecho derivado del llamamiento o vocación hereditaria perteneciente a dicho heredero o coheredero fallecido en la referida situación, pasa o se transmite o es adquirido por los herederos de este heredero y que lleguen a ser tales, sean herederos testamentarios o intestatos. Si los primeros herederos llamados son incapaces de heredar o repudiar la herencia, entonces el «*ius delationis*» hará tránsito a los herederos posteriormente llamados, aunque lo sean por sustitución vulgar o por representación sucesoria, y así sucesivamente hasta llegar al Estado, si los herederos anteriores no llegan a serlo.

Finalmente, ROCA SASTRE señala (entre otras) las *dos siguientes reglas* (compartidas por todos los autores, aunque por fundamentos no siempre coincidentes; sobre todo, por los que siguen la teoría de Albaldadejo):

a) «El heredero favorecido por el derecho de transmisión (transmisorio) NO puede optar por aceptar la herencia objeto del mismo (la del primer causante) y repudiar la herencia propia del transmitente... Pero no cabe tal opción, puesto que el “*ius delationis*” es un valor patrimonial integrante del patrimonio del transmitente y, por tanto, el heredero

de éste no puede aceptarla y repudiarla en parte. La aceptación ha de ser total (art. 990), pues es fundamental el principio de la indivisibilidad de la aceptación hereditaria (“vel omnia admittantur, vel omnia repudiantur”).

b) Inversamente, el heredero favorecido por el derecho de transmisión (transmisario) que acepta la herencia propia de éste (la del transmitente), puede repudiar la herencia objeto del derecho de transmisión (la del primer causante), por cuanto adquiere el “ius delationis”, el cual implica la facultad alternativa de aceptar y renunciar».

Llegados a este punto, y expuestas las anteriores generalidades básicas, parece ya oportuno presentar a *LOS PERSONAJES* que intervienen en el llamado «Derecho de transmisión»; a saber:

— El *primer causante (A)*, que fallece dejando a una persona de la (bien por testamento, bien intestada); es decir, una persona llamada a ser heredero, y que se convertirá en tal, aceptando.

— El *transmitente (B) o segundo causante*, esto es, aquella persona a quien se le ofreció aquella primera herencia, por ser delado respecto a ella, y que falleció después del primer causante, sin haber aceptado ni repudiado su herencia y siendo capaz de suceder.

— El *Transmisario o adquirente (C)*; o sea, el delado respecto de la herencia del transmitente, que se convertirá en su heredero si acepta el llamamiento que se le ofrece a la misma.

En cuanto a que el transmitente NO PUEDE, en modo alguno, disponer del «Ius delationis», y respecto a *que el transmisario debe ser un verdadero heredero* (y no un simple legatario), estamos de acuerdo sustancialmente con VALDEOLMILLOS («La Transmisión del “Ius Delationis”»; Homenaje a Vallet, Tomo IV, pp. 477 a 479), cuando escribe: «...el heredero electo (transmitente) no puede disponer del “Ius Adeundi” en absoluto. El “Ius adeundi” es intangible y se hurta a cualquier manipulación por parte del transmitente; si lo toca, por poco que sea, se deshace y se convierte en herencia aceptada. Tal es la fragilidad del “Ius Delationis” que no sólo no cabe aceptarlo, pues *se adquiere “ipso iure”*, sino que el transmitente no puede renunciarlo abdicativamente ni desasirse de él de ninguna forma, pues *no puede interrumpir la delación*; ni puede enajenarlo ni disponer de él bajo ningún concepto, ya sea a título de legado o de institución de algunos herederos con exclusión de otros, o de todos en distinta proporción de sus cuotas hereditarias. En todos estos casos, por aplicación del art. 1.000,1 del Código Civil, no habría transferencia del “ius adeundi”, sino *enajenación o disposición de la herencia tácitamente aceptada*», (la cursiva es nuestra). En este sentido LACRUZ.— Posición contraria sigue ROCA (obra citada); e intermedia ALBALADEJO («Estudios de Derecho Civil», 1955, p. 287 y ss.).

A lo que cabría añadir que, de considerar que el transmitente puede disponer del «Ius Delationis» (en cualquiera de las modalidades que se acaban de mencionar) sin que tal disposición suponga aceptación y, a

la vez, afirmar que el transmisario hereda al primer causante, se *vulneraría con ello igualmente el artículo 670 C.c.* Pues el heredero del primer causante lo sería la persona elegida de forma caprichosa, arbitraria y discrecionalmente por el transmitente, al margen o con independencia de la «voluntas testatoris» (en el ámbito de la sucesión testada), o del llamamiento legal que opera cuando tenga lugar la apertura de la sucesión intestada (después se comentará el art. 670 C.c.).

Todo ello, en fin, nos situaría al margen de la trayectoria que respecto al «Ius Delationis» marca e impone al art. 1.006 C. civil, *de manera imperativa*. Imperatividad que, como describe el citado VALDEOLMILLOS, radica en la *correspectividad esencial* entre «Ius Transmissionis» y sucesor a título universal. Con lo que se descarta, concretamente, al transmitente-legatario.

Bástenos aquí con estas consideraciones, que sólo muy tangencialmente afectan al propósito de nuestro trabajo; no queriendo distraer la atención del eje esencial del mismo.

Ahora bien, cuando *EL TRANSMISARIO* adquiere la herencia del transmitente, mediante la aceptación, y ejercita el «Ius delationis» contenido en dicha herencia *¿HEREDA AL PRIMER CAUSANTE O AL SEGUNDO CAUSANTE, RESPECTO DEL CONTENIDO DEL «IUS DELATIONIS»?*

Para responder cumplidamente a esta pregunta, conviene que no se olvide cuál sea la posición jurídica, del *DELADO*; ya se ha dilucido anteriormente *QUIÉN* es, exactamente este personaje; también se aclaró *CUÁNDO* se es delado y, así mismo, *BAJO QUÉ SUPUESTOS PUEDE LLEGAR A SER HEREDERO* (después se precisará aún más esta cuestión). Ahora nos interesa desvelar *CUÁNTO PUEDE TRANSMITIR* y bajo qué *PRESUPUESTOS* se opera dicha transmisión a fin de explicar qué es lo que realmente encierra, a nuestro entender, la sucesión «Iure Transmissionis» del artículo 1.006 del C. Civil.

III.— LA «CONDITIO IURIS»

Tan sólo *una última precisión*, antes de entrar de lleno en materia.

En efecto, como *CUESTIÓN INEXCUSABLE* para la cabal y completa inteligencia de lo que seguidamente se dice, debemos de subrayar que, cuando se hable de «*CONDITIO IURIS*» (aunque, por sabido, se podría excusar la explicación...; pero no nos parece prudente el hacerlo) *NO* nos estamos refiriendo al suceso futuro e incierto (se descarta la incertidumbre subjetiva) que constituye la condición propia-mente dicha o *CONDITIO FACTI*.

Con la expresión «*Conditio Iuris*» hacemos referencia al presupuesto de eficacia de una relación jurídica; al presupuesto inexcusable o «*conditio sine qua non*» ínsita en la propia naturaleza de la relación jurídica; o, si se quiere (dicho de otra manera aún más) el presupuesto

lógico-jurídico indispensable para que las cosas ocurran como realmente deben y tienen que ocurrir porque, de otro modo, no ocurrirían (= sería imposible que ocurrieran).

Como certeramente escribe V. MONTES PENADES (En los «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», Tomo XV, Vol. I, Edersa) en relación a las condiciones «IURIS»: «Ocurre, en determinados casos, que *la propia norma integra en su supuesto de hecho* un acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio según su naturaleza y su objeto... En general, puede decirse que se trata de un *PRESUPUESTO DE EFICACIA* de un determinado negocio. Se trata de un elemento del supuesto de hecho productor de efectos en el negocio jurídico no arbitrario ni contingente, sino *NECESARIO Y CONSTANTE*».

Se distinguen claramente de las «Conditio Facti», o condición propiamente dicha. Así, como explica BETTI (Al que cita Montés P.), su fundamental diferencia consiste en que los «presupuestos legales de validez del negocio» están ligados al negocio jurídico que ha sido celebrado en determinada forma, por un nexo objetivo de subordinación jurídica, independiente de la mención que las partes puedan hacer de él. La condición, en cambio, establece un vínculo subjetivo y arbitrario entre el negocio jurídico y un evento extraño y, por lo tanto, es creación exclusiva de la autonomía de las partes.

Es decir, en las «conditio facti» el evento condicional se une al negocio jurídico por voluntad de las partes; mientras en la «conditio iuris» resulta de la propia naturaleza del negocio jurídico, o está impuesta por el ordenamiento jurídico o por la Ley, sin voluntad de las partes; y se previene a estos efectos por los autores que esta voluntad de las partes no se confunda con una voluntad tácitamente expresada, que es la que resulta del sentido general de lo estipulado y de los hechos concluyentes o conducta de los sujetos.

Mientras que *la única coincidencia* según Albaladejo («Derecho Civil») entre la condición y la «Conditio IURIS» no se da en el género «condición», sino en ser ambas *requisitos de eficacia del negocio*.

Que la «conditio Iuris» sea presupuesto de *existencia* o elemento constitutivo del negocio jurídico (como sostienen algunos: Betti; Ruggiero...) o sea presupuesto de *eficacia* del mismo (Albaladejo, en su «Negocio Jurídico» habla de: circunstancia externa al mismo, pero sin cuya concurrencia el negocio no despliega aún sus efectos) como opinan otros, esta circunstancia, digo, no importa para este trabajo: cualquiera que sea la posición que se siga al respecto, no varía ni enturbia las conclusiones que aquí se proponen.

Y si bien es cierto que, a diferencia de las «conditio facti», *No cabe hacer una teoría general* de la eficacia de las llamadas condiciones «Iuris», dada la disparidad que presentan en cada supuesto o negocio jurídico, *sin embargo*, como aclara muy bien el citado BETTI, y prescindiendo de las diferencias entre «conditio facti» y «conditio iuris»,

los presupuestos (= *condiciones Iuris*) funcionan como condición verdadera y propia, por lo que puede ser oportuno aproximarse a ésta (que no identificarse), con el objeto de *ORIENTAR* al intérprete sobre la *aplicabilidad analógica de algunas reglas vigentes para ella, ESPECIALMENTE RESPECTO AL ESTADO DE PENDENCIA*.

IV.— ¿CUÁNTO PUEDE TRANSMITIR EL DELADO-TRANSMITENTE Y BAJO QUÉ PRESUPUESTOS SE OPERA LA TRANSMISIÓN?

Nosotros creemos que, en la «*Sucessio Iure Transmissionis*» del art. 1.006 C.c., se contempla el supuesto de un llamado a ser heredero (= transmitente) que se convertirá en tal cuando se cumpla la *CONDITIO IURIS* (de carácter suspensiva) de la que depende tal circunstancia, lo cual provocará el transmisario mediante la aceptación, merced a los efectos retroactivos de la condición (*conditio IURIS*) cumplida.

O, dicho de otra manera, nosotros vemos en la transmisión del «*Ius delationis*» que permite el art. 1.006, una transmisibilidad del mismo derecho de aceptar o renunciar (derecho facultativo o de opción) bajo la «*conditio Iuris*» suspensiva de que el transmitente adquiera la cualidad de heredero, mediante la aceptación que el transmisario (o los sucesivos transmisarios) verifique, prestando su consentimiento al efecto: ejercitando el derecho que del transmitente reciben (= aceptar o renunciar la herencia).

A primera vista, se podría ARGUMENTAR EN CONTRA de lo expuesto que, si la posición del transmitente está formulada como: «heredero bajo condición de que acepte la herencia» (la del primer causante), el *ARTÍCULO 759 C. CIVIL* haría inviable tal solución, al disponer que: «El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva el testador, NO transmite derecho alguno a sus herederos».

Sin embargo, esta contradicción es más aparente que real, y las cosas, en realidad no ocurren así. En efecto, hay dos teorías sobre la cuestión de la delación hereditaria en caso de institución de heredero condicional. Según una, la delación se produce al morir el causante, pero siendo la institución bajo condición es una delación condicional. Según la otra, al ser la institución condicional, la delación NO tiene lugar al morir el causante, sino al cumplirse la condición. Y esta segunda teoría parece la más acertada (para más argumentos de lo que aquí decimos, y que la apoyan: Albaladejo; *Comentarios...* Edersa Tomo X-1, p. 257). También lo entiende así la mayor parte de nuestra doctrina (por todos, Roca Sastre; «*Estudios*» Pi y Suñer, pp. 748 y ss.) y, más o menos explícitamente la Jurisprudencia (S.T.S. de 9 de julio de 1927; y 5 de abril de 1951). (*No obstante*, esta posición de nuestro Código Civil es criticable y discutible, y quizás sería preferible la solución del Cód-

go Civil Italiano de 1942 que sí permite la transmisión de «La expectativa» en estos casos —cosa que, por cierto, también permite nuestro Código para los actos intervivos—. Pero no nos podemos detener en ello pues, además, es irrelevante para nuestro razonamiento, que discurre por otro lado; Para *un interesante estudio* del problema, véase JORDANO FRAGA: «La sucesión en el “ius delationis”», Civitas, 1990, pp. 190 y ss.).

Es decir, el art. 759 C.c. NO permite la transmisión de derechos en el supuesto de que el heredero condicional (condición suspensiva) fallezca antes de que la condición se cumpla, porque la *delación* respecto de tal heredero condicional está SUSPENDIDA: *DIFERIDA* al momento en que la condición se cumpla, si es que se cumple. De manera que tal heredero condicional, no es titular de una delación actual que permite adquirir la condición de heredero y la herencia misma, mediante la aceptación. Su derecho está diferido; y hasta que la condición se cumpla (condición suspensiva) no puede adquirir ningún derecho cierto a la herencia. Por ello, si muere antes de que la condición se cumpla es lógico que nada pueda transmitir, al no haber adquirido nada. Está nombrado, llamado o vocado, pero aún no puede hacer suya la herencia ni adquirir la cualidad de heredero, al no poder aceptarla. Si la condición es suspensiva y ésta se cumple, sólo a partir de ese momento podrá adquirir la cualidad de heredero y la herencia misma, prestando su consentimiento en sentido positivo y afirmativo; es decir, aceptándola.

En análogo sentido, y con carácter complementario, se pronuncia el art. 991 del C.c.: «Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia». Por tanto, en nuestro derecho, NO se puede aceptar la herencia «pendente conditione». En consecuencia, el llamado bajo condición sin tener el derecho a aceptar, no puede transmitir ese derecho, puesto que no lo tenía; es decir, no se daría el supuesto de aplicación del art. 1.006 C.c.

AHORA BIEN, ¿a qué tipo de condición se refiere el art. 759 que, mientras no se cumple, suspende o difiere la adquisición del «Ius delationis»? Sin lugar a dudas a la «conditio FACTI, SUSPENSIVA Y PROPIA».

PERO ¿Se referirá también a la «CONDITIO IURIS»? Entendemos que NO.

En efecto, *por una parte*, es claro que en la «conditio facti» propia, el evento en que la condición consiste es un elemento accidental, añadido y externo a la cualidad de heredero; y, por tanto, exclusiva creación de la autonomía de la voluntad de las partes. Mientras que en la «conditio Iuris», el evento en que la «conditio» consiste (= aceptación) es elemento esencial y no accidental de la propia configuración de la cualidad de heredero y adquisición de la herencia, del que forma parte: está claro que no se adquiere la cua-

alidad de heredero y la herencia misma sin que recaiga la previa, necesaria y esencial aceptación. Por lo tanto, tal aceptación, en cuanto evento en que la «*conditio Iuris*» consiste, es elemento esencial, interno, que opera como presupuesto esencial y requisito «sine qua non» para la adquisición de tal cualidad de heredero y adquisición de la herencia a la que se es llamado.

Por otra parte, el llamado a ser heredero bajo «*conditio iuris*» suspensiva, es titular ACTUAL Y DIRECTO ya del «*Ius delationis*» (al contrario del que lo es bajo «*conditio FACTI*» suspensiva, como acabamos de ver), de manera que puede adquirir la cualidad de heredero y la herencia misma en cualquier momento mediante la aceptación, y sin que exista obstáculo alguno que se lo impida.

Precisamente por ello, en el supuesto del art. 759, el instituido heredero, aún queriendo aceptar, no podrá hacerlo hasta que la condición se cumpla: su delación está diferida o suspendida y no podrá ejercitar el «*Ius delationis*», al no ser titular puro, actual y directo del mismo hasta que la citada «*conditio facti*» suspensiva se cumpla. No será titular del «*Ius delationis*» mas que al cumplimiento del evento en que la condición consista. Por eso decíamos antes que, «pendente conditione» no podrá adquirir ni ejercitar tal «*Ius delationis*» (es decir, actuar su contenido: aceptando o repudiando).

Y, precisamente por ello, ocurre todo lo contrario en el supuesto del art. 1.006, en donde el transmitente es un llamado a ser heredero que se convertirá en tal una vez que el mismo acepte (después volveremos más ampliamente sobre esta cuestión). O sea, la aceptación en este caso es u opera como presupuesto «sine que non» o «*conditio iuris*» de eficacia para que el llamado adquiera la cualidad de heredero y la herencia misma. PERO el «*Ius Delationis*» no está diferido ni suspendido, ya que se es titular actual y directo del mismo (el transmitente), pudiendo, en cualquier momento actuarlo o ejercitarlo en sentido positivo o negativo, esto es: aceptar o renunciar.

EN RESUMEN: todo lo dicho es así, porque la «*conditio Iuris*» (= aceptación), se articula como elemento esencial para la adquisición de la herencia y la misma cualidad de heredero; y no como elemento externo y accidental (que será la propia «*conditio facti*» suspensiva). De manera que la «*conditio Iuris*», que la aceptación representa, forma parte de la estructura interna de la cualidad de heredero, elemento esencial para adquirir tal cualidad: SÓLO SE PUEDE SER HEREDERO ACEPTANDO; y no como un elemento accidental, externo y añadido a la misma (como sería la «*conditio facti*» propia).

El que la facultad de aceptar o renunciar (que implica el «*ius delationis*») no haya de ser ejercitada o actuada necesariamente por la persona delada, es cosa distinta (como al final explicaremos).

AHORA BIEN, si al llamado a ser heredero bajo «*conditio iuris*» no le es de aplicación lo dispuesto en el art. 759 C.c., conforme a lo que llevamos expuesto, es claro que aquél, el transmitente en el supuesto

del art. 1.006 del C.c., si muere antes de que la condición se cumpla (de que acepte) *transmite* su derecho a «los suyos»: a *SUS* herederos. PERO ¿*QUÉ ES LO QUE TRANSMITIRÁ?*

Pues transmitirá lo que tiene; es decir, transmitirá el derecho potestivo de aceptar o renunciar la herencia del primer causante a la que estaba llamado; o, lo que es lo mismo, transmitirá el contenido de su delación, *pero* en modo alguno, la titularidad misma de su «*Ius Delationis*» (del que es titular, valga la redundancia).

Eso sí, *bajo condición de que el transmitente adquiera la cualidad de heredero*, merced a la aceptación por parte del transmisario (heredero del transmitente). PERO, repetimos, *¿en modo alguno la titularidad del «Ius delationis», que permanecerá localizada en la persona del transmitente, por ser personalísima e inseparable de su persona y, por tanto, intransmisible.*

AHORA BIEN, se podría *argumentar en contra* de lo que se acaba de decir:

1.º ¿No se extingue la cualidad de delado, lo mismo que la cualidad de heredero, con la muerte de su titular; justamente por ser personalísimas e intransmisibles; cómo, entonces, la va a ostentar el transmitente-delado si ya ha fallecido?;

2.º Por otra parte, ¿cómo va a heredar una persona muerta?

Tanto lo uno como lo otro se explican merced al juego retroactivo de la «*conditio Iuris cumplida*». Después ampliaremos, en epígrafe aparte, estas consideraciones.

Baste decir aquí que la propia *configuración interna* que de la transmisión del «*Ius delationis*» impone el art. 1.006 del C.c., posibilita tal circunstancia: permite adquirir la cualidad de heredero al llamado condicionalmente a serlo (el transmitente), según la proposición o presupuesto legal que subyace en el citado precepto: «heredero bajo condición (*conditio IURIS*) de que acepte».

De manera que *ni se extingue la titularidad o cualidad de delado en el transmitente, ni hereda una persona muerta.*

Respecto a la *TITULARIDAD*, es cierto que no basta con decir que el contenido del art. 759 del C.c. no se aplica al supuesto del transmitente del art. 1.006, para concluir, sin más, que, a «*sensu contrario*» el transmitente (el llamado a ser heredero que fallece antes de cumplirse la condición = aceptación) transmite el derecho a los suyos. Pues, en buena lógica jurídica, como la cualidad de delado (lo mismo que la cualidad de heredero) se extinguiría con la muerte, de no existir el art. 1.006, lo que ocurriría es que se daría lugar al derecho de acrecer, o a la apertura de la sucesión abintestato. SIN EMBARGO, *que SI transmite el transmitente, encuentra apoyo y fundamento legal en el propio art. 1.006*, que clara y expresamente establece la transmisión a «los suyos», los herederos del transmitente (los transmisarios), impidiendo que, de otro

modo, ocurra el acrecimiento, o la apertura de la sucesión intestada del primer causante (según los casos, respectivamente).

Se podría, pues, argumentar, que esta posibilidad del art. 1.006 causa excepción a los principios sucesorios generales y, en consecuencia, es inadmisibles. Pero ello no es así, pues no se trata en puridad de una excepción, sino de una mera suspensión de tales principios con carácter temporal o provisional para, posteriormente, restablecerlos íntegramente (si es que alguna vez quebraron).

En efecto, lo que ocurre es que, teniendo en cuenta la propia configuración interna de la «conditio Iuris» *la cuestión relativa a la extinción de la titularidad del delado* (titular del «ius delationis») queda en estado de *pendencia hasta que la condición se cumpla o no*. De manera que, lo que faculta el art. 1.006 C.c. es la transmisión del propio «ius delationis», su contenido, pero no la titularidad, que es personalísima e intransmisible (y que, por tanto, de no existir tal artículo, se debería haber extinguido a su fallecimiento). Sin embargo, lo que sucede es que, TEMPORALMENTE, PROVISIONALMENTE, en la fase de *PEN-DENTE CONDITIO*, la cualidad de delado no se extingue a su fallecimiento; tal titularidad permanece localizada temporalmente en la persona del delado. O, dicho de una manera muy gráfica, la consolidación o extinción de la titularidad a favor del transmitente que fallece sin aceptar ni repudiar se suspende a modo de «*levitación jurídica*» hasta que la condición se cumpla o no (aceptando o renunciando), siguiendo la misma suerte que los efectos de su cumplimiento o incumplimiento.

De manera que, más que excepción, lo que se produce en fase de «pendente conditione» es una suspensión de *principios sucesorios* (subsistencia de la titularidad o cualidad de delado en el transmitente, no obstante haber ocurrido su fallecimiento) o «levitación» de los mismos. (Después volveremos sobre esta cuestión).

Por consiguiente:

A) *Si el transmisario ACEPTA* (haciendo uso de la facultad de aceptar o renunciar que le transmite el transmitente, en virtud del art. 1.006) el transmitente adquiere la cualidad de heredero, ¡¡no sólo por la «*vis atractiva*» de la titularidad nunca perdida ni extinguida;¡¡ sino, sobre todo, por la eficacia retroactiva de la propia «conditio iuris» CUMPLIDA. PERO, se podría argumentar: ¿*Acaso la puede adquirir un muerto*, toda vez que el transmitente falleció sin haber aceptado ni repudiado? No hereda un muerto (el transmitente) en modo alguno; sino que la eficacia retroactiva de efectos permite afirmar que precisamente *hereda un vivo*. Es decir, *el propio juego de la eficacia retroactiva de la «conditio iuris» cumplida* (aceptación) permite afirmar y presumir que *el transmitente aceptó la herencia y adquirió la cualidad de heredero en vida*: concretamente, en el último y postrero instante de su vida terrenal (coincidente con su fallecimiento, en el que transmite, o, si se quiere, sin más diferencia que un instante de razón), toda vez

que, en caso contrario, nada podría haber transmitido (que sí transmite).

B) Si el transmisario *RENUNCIA*, el juego de la *eficacia retroactiva de la condición incumplida* (tal renuncia del transmisario), permite considerar que, *el transmitente nada adquirió* (= no adquirió la cualidad de heredero) ni, en su consecuencia, nada transmitió. Se ha de considerar que renunció a la herencia del primer causante en el último momento o instante de su vida terrenal.

Baste, por ahora, con estos conceptos. *Más adelante* se verá como, en realidad hay una *¡DOBLE RETROACCIÓN!*, pues conforme al art. 989 C.c., los efectos de tal aceptación o renuncia que provoca la «conditio iuris» cumplida o incumplida, A SU VEZ, y merced al citado art. 989, se retrotraen a la fecha del fallecimiento del primer causante; de lo que resulta que, cuando se entienda que el transmitente acepta o renuncia (conforme a lo ya dicho) dicha aceptación o renuncia lo es a la herencia del primer causante; siendo el transmisario heredero del segundo causante o transmitente.

En resumen, se puede afirmar que el ejercicio o actuación del «ius delationis» por parte del transmisario en sentido afirmativo o positivo, prestando su consentimiento mediante la aceptación, provoca dos cosas sin solución de continuidad: 1.º) *Consolida la titularidad del transmitente* y 2.º) *consume el contenido consustancial del mismo «ius»*: provocando la adquisición de la primera herencia por el transmitente.

Por lo demás, y antes de concluir este epígrafe, conviene hacer una breve pero significativa referencia al *DERECHO ITALIANO*.

En este derecho y bajo la rúbrica: «*Transmissione del diritto di accettazione*», su artículo 479,1 dice: «*Se il chiamato all'eredità muore senza averla accettata, il diritto di accettarla si trasmette agli eredi*» (la «bastardilla» es nuestra).

Así pues, en línea probablemente con nuestra postura aquí defendida, el Código Civil italiano pone especial énfasis y desplaza el peso o centro de gravedad, respecto de la transmisión del «ius delationis», al campo de la aceptación y no al de la renuncia conjuntamente.

Es más, no habla de que se transmita el derecho a renunciar la herencia del primer causante, que ostentaba el transmitente. Ahora bien, parece claro que en un sistema romanista como el italiano, sin lugar a dudas, se podrá renunciar la herencia del primer causante; y, si bien nada dice sobre quién sea la persona legitimada para ello, consideramos que lo han de ser los transmisarios.

Con todo, la pregunta que nos podemos formular es la siguiente: ¿Quién será la persona a quien hay que considerar como renunciante?; o, dicho de otro modo: la renuncia ¿en qué persona opera?

En una interpretación literal del art. 479.1, se podría entender dicha renuncia como efectuada por el transmitente, toda vez que la facultad

de renunciar no se transmite al transmisario. Y si tal renuncia opera y se considera como efectuada por el transmitente, en la misma persona del transmitente se habrá de considerar que opera y tiene lugar la aceptación hecha por el transmisario; toda vez que, al no transmitirse a los transmisarios la facultad de renunciar, no resultaría ni lógico ni jurídico que la aceptación opere y tenga lugar en una persona y la renuncia en otra: inescendibilidad del «*ius delationis*» (no se pueden separar, y cada una operar por un lado, la facultad de aceptar y de renunciar, pues una y otra no son sino el anverso y el reverso del mismo «*ius delationis*»).

No somos conocedores del derecho italiano. Sin embargo no consideramos (o, al menos, se nos plantearían serias dudas si no fuese así) que no se le transmita, a la vez, al transmisario la facultad de renunciar la herencia del primer causante.

Quizás *el legislador italiano* consideró que *la renuncia era IRRELEVANTE* a efectos de la transmisión, y que lo verdaderamente importante era configurar la transmisión desde la perspectiva de posibilitar la facultad de aceptar, a fin de permitir a los transmisarios la adquisición de la herencia del primer causante, indirectamente y a través de su causante y transmitente; y todo ello, al margen o sin considerar al transmisario heredero recta vía del primer causante.

Así pues, y en atención a lo anterior, se podría pensar que el legislador italiano, de manera deliberada, no quiso ni consideró oportuno incluir expresamente en la tipificación de la transmisión del «*ius delationis*», la facultad de renunciar a la herencia. Y ello, a fin de evitar la duda interpretativa sobre quién haya de ser el heredero del primer causante. Quizás, se podría haber pensado o razonado de la siguiente manera: si la renuncia opera y tiene lugar en la persona del transmitente, y por eso no contempla expresamente la Ley su transmisión al transmisario, en esa misma persona habrá de operar y tener lugar la aceptación hecha por el transmisario, en el ejercicio del «*ius delationis*» que recibe.

En fin, probablemente dicho legislador (aunque nada se diga, así parece deducirse o inducirse del art. 479.1, por todo lo expuesto) pensó en articular la transmisión del «*ius delationis*» como una transmisión instrumental y supeditada a la adquisición de la cualidad de heredero por parte del transmitente ya fallecido (adquisición de tal cualidad de heredero por el transmitente, merced a la aceptación verificada por el transmisario, que operaría a modo de «*conditio iuris*»); siguiendo o pudiendo haber seguido una construcción de tal transmisión muy próxima a la aquí defendida y sostenida por nosotros.

Pero como se ha introducido un nuevo concepto: transmisión INSTRUMENTAL, conviene que en epígrafe aparte se comente debidamente.

Finalmente ¡*QUEDE CLARA UNA CUESTIÓN!* (Que por obvia no le prestamos interés y que, sin embargo, consideramos conveniente

aclarar): La aceptación por el transmisario de la herencia de su transmitente y causante, se impone como necesaria a fin de poder así ejercitar el «ius delationis» y, en su consecuencia, aceptar o renunciar la herencia del primer causante; toda vez que tal «ius delationis» lo recibe el transmisario cuando acepta la herencia del transmitente y formando parte de la misma, de manera que si la repudiase nada adquiriría. ¡Y **QUE QUEDE CLARO IGUALMENTE!** que la *aceptación a que nos referimos* la mayoría de las veces en este trabajo, lo es a la *herencia del primer causante* y efectuada por el transmisario, ejercitando el «ius delationis» que de su causante y *transmitente* recibe *una vez aceptada la herencia del mismo*. Tal aceptación y consiguiente adquisición de la cualidad de heredero por parte del transmitente, es el evento que nosotros configuramos como «CONDITIO IURIS» (y en base a la cual conformamos la transmisión instrumental del «ius delationis»).

Queda, pues, aclarado, para evitar despistes.

V.— LA TRANSMISIÓN DEL ART. 1.006 C.C. ES UNA MERA TRANSMISIÓN INSTRUMENTAL

En efecto, nos parece manifiesto y evidente que la transmisión que regula el art. 1.006 del C. civil tiene un simple carácter instrumental.

Lo que ocurre es que quizás el término utilizado generalmente por los autores para designar este derecho: «Derecho de *transmisión*», haya enredado y enturbiado el asunto, al considerarse, por inercia, que el término «TRANSMISIÓN» o bien se refería a una verdadera sucesión (acepción amplia), o bien a una adquisición derivativa del titular originario de una relación jurídica, en virtud de una enajenación o disposición por su parte (acepción restringida).

El propio artículo 1.006 C.c. dice escuetamente que: «Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia *PASARÁ A LOS SUYOS* el mismo derecho que él tenía». Y si bien es cierto que ese «PASO» del mismo derecho a los suyos no puede ser por arte de magia, sino que tiene que mediar algún tipo de transmisión, se hace menester aclarar *A QUÉ CLASE DE TRANSMISIÓN* se puede referir y *QUÉ CARÁCTER TIENE ÉSTA*.

Pues bien, a modo de *recapitulación* y, teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta aquí, cabe decir lo siguiente.

De la propia tipificación del art. 1.006 C.c., cabe pensar, como se dijo, que éste configura la *siguiente proposición*: El transmitente es un sucesor llamado a ser heredero bajo la condición (= «conditio iuris») de que acepte. Es decir, si el llamado a ser heredero (el transmitente) ha sobrevivido a su causante y, reuniendo todos los requisitos legales de capacidad para sucederle, fallece antes de que acepte su herencia (= antes de que se cumpla la «conditio iuris» de la que depende la adquisición de la herencia —la aceptación—), transmitirá a los suyos (sus

herederos transmisarios) los derechos que respecto a dicha herencia a él le correspondieran, pero siempre y cuando llegue a adquirir la condición de heredero (es decir, siempre que se cumpla la «conditio iuris» de la que depende tal adquisición = aceptación).

Tal condición («conditio iuris»), aun cuando no se formule de manera expresa, va implícita y se incardina, si bien de manera oculta y tácitamente, en la transmisión que el art. 1.006 C.c. contempla.

Y todo ello *sobre la base* de que nadie puede transmitir a otro lo que no tiene; y, si no obstante transmite, sólo será a condición de que llegue a adquirir y a tener.

Y, dicho esto, ya se puede responder a las preguntas antes formuladas:

— ¿A QUÉ CLASE DE TRANSMISIÓN se puede referir el art. 1.006 C.c.?; respuesta: a una simple transmisión *INSTRUMENTAL*.

— ¿QUÉ CONSECUENCIAS SE DERIVAN DE ELLO?; respuesta: que condiciona («conditio iuris») la posterior y definitiva transmisión *REAL* de la herencia.

Y todo ello en los términos que pasamos a explicar. No obstante, hemos de dejar claro, a modo de *ADVERTENCIA*, con carácter previo que, cuando hablamos de que la transmisión instrumental «*CONDICIONA*» la posterior transmisión real, el término: «condiciona» lo entendemos en el sentido de que: *mediatiza, estigmatiza, o tiñe* dicha posterior transmisión.

Advertencia esta que no es baladí, pues se pretende evitar que por una equívoca expresión terminológica, alguien pueda esgrimir los artículos 759 ó 990, (que se refieren a la «*CONDITIO FACTI*» y propia), en una errónea inteligencia, para considerar inaceptable lo que a continuación se razona.

En efecto, cabe hablar de dos transmisiones, con distinto carácter: *INSTRUMENTAL* la una, y *REAL* la otra, en lo que se suele llamar impropriamente: la sucesión «*iure transmissionis*» o la sucesión en el «*ius delationis*».

De manera que, en fase de «*PENDENTE CONDITIO*» (= «conditio iuris»), mientras no se acepte o se renuncie, la transmisión que posibilita el art. 1.006 C.c. será del *objeto* de la delación; del *ejercicio* del «*ius delationis*» (= transmisión *INSTRUMENTAL* del «*ius delationis*»). Posteriormente, y *CUMPLIDA QUE SEA LA CONDICIÓN* («conditio iuris»; cuando, merced a la aceptación por el transmisario, el transmitente delado adquiere la cualidad de heredero necesaria para transmitir), la transmisión lo será del *contenido patrimonial y económico de la herencia misma*, que el transmitente, en su condición de heredero, ha adquirido de su causante (= transmisión *REAL* de la herencia).

De este modo, los transmisarios reciben y adquieren la herencia del primer causante, no directa y recta vía como herederos del mismo, sino **MEDIATA E INDIRECTAMENTE**, y como herederos de este último.

Por eso, la transmisión **REAL** no puede ser nunca pura y simple, sino que será condicionada (= «*conditio iuris*») y seguirá las vicisitudes y consecuencias que se deriven del cumplimiento o incumplimiento de la condición (= «*conditio iuris*») impuesta al transmitente (= heredero bajo «condición» que acepte).

Por consiguiente, dicha transmisión real y definitiva de la herencia opera y tendrá lugar solamente si la condición (= «*conditio iuris*») que porta la transmisión instrumental, y que sobre el llamado a ser heredero gravita, se cumple (cosa que provocará el transmisario con su aceptación, convirtiéndose en heredero al transmitente); pero no en caso contrario.

EN EFECTO, resulta lógico y evidente que la adquisición de la cualidad de heredero en el transmitente (finalidad de la transmisión **INSTRUMENTAL** del art. 1.006 C.c.) es exigencia que se hace forzosa y necesaria, a modo de «*prius*» lógico, presupuesto y requisito necesario o «*conditio sine qua non*» para que pueda tener lugar la transmisión de derechos hereditarios (la verdadera transmisión, *la REAL*) y adquirir así los transmisarios la herencia del primer causante, si bien solo y a través de su causante o transmitente.

Pues, de otra manera, no sería posible. Y no sería posible porque como quiera que la transmisión instrumental del art. 1.006 C.c. tiene lugar **ANTES** de adquirir el delado-transmitente la cualidad de heredero, cualidad esta que necesariamente habrá de adquirir para así poder transmitir (transmisión **REAL**), se hace necesario que, «*a posteriori*», adquiera tal cualidad jurídica.

De no ser así, nada transmitiría realmente, y la transmisión instrumental a los suyos se desvanecería, haciendo tránsito a la sustitución vulgar, el derecho de acrecer o la apertura de la sucesión intestada, según los casos.

Luego *tal transmisión real de la herencia* sólo puede operar bajo la condición (= «*conditio iuris*») de que el transmitente adquiera (pues todavía no ha adquirido al tiempo de su fallecimiento) lo que tendrá lugar cuando sus herederos y transmisarios, ejercitando el contenido del «*ius delationis*» que reciben en virtud de la transmisión instrumental del art. 1.006, presten su consentimiento en sentido favorable y positivo; es decir, aceptando la herencia del primer causante y convirtiéndose en heredero al transmitente.

Y todo ello, sobre la base, tan repetida con anterioridad, de que nadie puede transmitir lo que no tiene. En efecto, durante la fase de «*pendente conditione*» («*conditio iuris*»), el transmitente no puede transmitir a los suyos más derechos de los que tiene y puede (aceptar o renunciar). Por eso *no puede* transmitir su titularidad de delado, al ser ésta personalísima e intransmisible (si bien, en esta fase de «*pendente*

conditione» dicha titularidad NO se extingue, como ya explicamos antes y después abundaremos en el siguiente epígrafe); y, tampoco puede transmitir la herencia misma porque *no la tiene*, no la ha hecho suya aceptándola. Por lo tanto, sólo transmitirá lo que si tiene y sí puede: lo tiene, porque su cualidad de delado le permitía ejercitar el «ius delationis»; y se puede porque el art. 1.006 así lo establece imperativamente y de manera instrumental. De manera que sólo la posibilidad de EJERCITAR el «ius delationis» pasará a sus herederos, y nada más.

Justamente, el hecho de que la transmisión instrumental posibilite al transmisario solamente *ejercitar* el «ius delationis», unido al carácter personalísimo e intransmisible de las titularidades sucesorias, permite afirmar que, durante esta fase de pendencia provisional, *la cualidad* de delado permanezca localizada en la persona del transmitente (a modo de levitación jurídica), causando, no obstante, suspensión temporal al principio sucesorio que establece la extinción de las titularidades por muerte de quien las ostenta (nos remitimos a lo que después se dirá sobre el particular ampliamente).

Sólo «existente conditione», cuando merced a la aceptación del transmisario, el transmitente adquiera la cualidad de heredero y la herencia misma («conditio iuris» cumplida) ya puede el transmitente transmitir a los suyos la herencia del primer causante (transmisión real y definitiva).

Precisamente, el profesor ALBALADEJO, comentando el *art. 766 C.c.* («Comentarios...»; Edersa, 1987; pp. 323 y 324), escribe estas incontrovertibles verdades:

— «El que no sucede no transmite (salvo el derecho de transmisión) a sus herederos nada, si no es su derecho a legítima cuando es descendiente del causante, y sus herederos descendientes suyos»;

— «El artículo (el 766 C.c.) viene a significar que nada corresponde de una herencia a los herederos del llamado a la misma que no llegue a heredar él (se sobreentiende que a excepción del derecho de transmisión del artículo 1.006)...».

Pues bien, estas dos afirmaciones, aunque escritas para un asunto colateral respecto del que aquí nos ocupa, las traemos a colación en este trabajo porque, a nuestro entender, son la esencia de todo lo que sostenemos en el mismo (máxime si se tiene en cuenta que el transmitente, a diferencia del llamado del art. 766 C.c., es persona delada que sobrevivió al causante, era capaz para heredarle y no renunció a su herencia).

En efecto, si estas dos afirmaciones son incontrovertibles (y no conocemos de ningún argumento para que no lo sean), de seguirse la teoría del citado profesor (el transmisario hereda recta vía al primer causante, siendo el transmitente un mero vehículo por el que el «ius delationis» ha ido a parar a aquél), resultaría que el transmitente, al no ser sucesor del primer causante y, por lo tanto, no poder transmitir a sus herederos nada salvo el derecho de transmisión (dejando aparte el de-

recho a la legítima de los artículos 761 y 857 C.c., supuesto que aquí no nos interesa), sin embargo estaría en realidad transmitiéndolo TODO, a través del mencionado «ius transmissionis».

Es decir, que por vía indirecta o de consecuencia, el transmitente, que no llegó a heredar al primer causante, ni pudo ser su sucesor, transmite la cualidad de sucesor al transmisario (o sea, éste le sucede al transmitente en su derecho a ser heredero) para que dicho transmisario lo herede TODO: todo el contenido de una vocación que iba dirigida a otro. Pues, como después aclararemos, NO se puede suceder a nadie por derecho de transmisión. De manera que *lo que sólo se puede transmitir por testamento o por llamamiento legal abintestato (art. 658 C.c.) lo estaría transmitiendo, de hecho, el «ius transmissionis»*.

Luego si el transmisario adquiriese del transmitente la posibilidad de ser sucesor del primer causante, y adquirir la cualidad de sucesor es una transmisión en toda regla ¿cómo se puede compatibilizar esto con la afirmación incontrovertible de que «nada corresponde de una herencia (la del primer causante) a los herederos del llamado a la misma (los transmisarios) que no llegase a heredar él (el transmitente)?».

El profesor Albaladejo lo explica llegando a conclusiones/afirmaciones del siguiente tenor (contenidas en su tan citada obra «La sucesión “iure transmissionis”»):

- «Cambia el sujeto que puede adquirir la herencia» (p. 945);
- El transmisario... «es sucesor del transmitente en el “ius delationis” y sucesor del primer causante en la herencia de éste» (p. 953).
- «Heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado» (p. 955)... etc.

Nosotros no pensamos así, pues decir que el que no sucede no transmite, salvo el derecho de transmisión (lo cual es incontrovertible), pero después conceder a tal derecho de transmisión una operatividad tan descomunal (convirtiendo al «ius transmissionis» en un verdadero título sucesorio que posibilitase suceder a otro en su delación, esto es, en su derecho a ser heredero), casi equivale a decir (al menos a efectos prácticos) que el que no sucede sí transmite.

No obstante, como estas afirmaciones requieren muchas precisiones, ya las iremos completando y desarrollando a lo largo de este trabajo.

Tan sólo indicar en este epígrafe, donde se trata de la transmisión instrumental y la real, que, como nadie puede transmitir lo que no tiene (sino a condición de que llegue a adquirir y a tener), la transmisión del artículo 1.006 tiene un carácter meramente instrumental, que NO PUEDE transmitir el derecho de ser heredero, sino que simplemente tiene una finalidad funcional: que el transmitente llegue a tener la cualidad de heredero y así poder transmitir (transmisión real) la herencia

misma al transmisario, que es entonces, y no antes, cuando realmente puede adquirir los bienes hereditarios en virtud de una cabal transmisión.

Por eso, el transmisario no puede tener el derecho de suceder recta vía al primer causante tras haberlo adquirido derivativamente del llamado o transmitente; sino que, por el contrario, ese «brinco» por encima del transmitente (designado/nombrado y delado) no es posible, y deberá de ser el propio transmitente, imposibilitado en fase de «pendente conditione» (= «conditio iuris») para llegar a heredar (al haber fallecido), el que tendrá que convertirse en heredero («conditio iuris» cumplida) para así poder transmitir al transmisario (transmisión real) la herencia del primer causante.

Se podría argumentar *EN CONTRA* de lo dicho que el transmitente sí que tiene el derecho de ser heredero (aunque no la herencia misma) y justamente por eso lo puede transmitir vía «ius transmissionis».

PERO se podría responder que el «ius transmissionis» no tiene virtualidad bastante para cambiar las designaciones, vocaciones y titularidad de las delaciones, esto es, las cualidades y titularidades sucesorias o hereditarias. Por otra parte, si los que siguen la teoría del profesor Albaladejo parten de la base de que con la muerte del transmitente cambia la persona que puede adquirir la herencia (= cambia el sucesor) pero permanece la original vocación o delación (sean o no una misma cosa para los autores), en tal caso, decimos, *resultaría más que chocante el que, no habiéndose extinguido la vocación-delación del transmitente, fuera otra persona (el transmisario) el sucesor*: tanto su titular como el que pudiese adquirir todo su contenido. *En resumen*, si el transmisario es sucesor del primer causante recta vía, la pregunta es la siguiente. *¿EN VIRTUD DE QUÉ TÍTULO SUCESORIO?*

Con lo cual, llegamos siempre, se mire por donde se mire, al mismo punto de partida: la transmisión del «ius delationis» es puramente instrumental, posibilitando simplemente el EJERCICIO de una vocación o delación que pertenece a otro (el transmitente), el cual necesariamente tiene que adquirir la cualidad de heredero para así poder realmente transmitir los bienes hereditarios de la herencia del primer causante.

En fin, y para terminar con este asunto, lo que transmite el art. 1.006 es algo muy parecido a un simple TÍTULO LEGITIMADOR para que el transmisario EJERCITE el contenido de una vocación-delación de la que sigue siendo titular el transmitente, en esa fase de «pendencia» (mientras no se acepte o se renuncie).

Y todo ello a través de la *DOBLE RETROACCIÓN DE EFECTOS* (en los términos que antes se apuntó y después veremos) que provoca la aceptación por el transmisario. *La primera* retroacción, («conditio iuris» cumplida), que convierte en heredero al transmitente y le hace adquirir la herencia del primer causante, se ha producido *para que el citado transmitente pueda transmitir a los suyos la herencia* de dicho

primer causante. *La segunda* retroacción (art. 989 C.c.), que tiene lugar de manera automática y simultáneamente al producirse la anterior (si bien con independencia la una de la otra, al operar en campos distintos) y en virtud de la cual los efectos de la aceptación, que provoca la «conditio iuris» cumplida, se retrotraen, A SU VEZ, a la fecha del fallecimiento del primer causante, esta segunda retroacción, decimos, se impone por el básico y elemental principio de que *no haya solución de continuidad en la titularidad de las relaciones hereditarias*.

Se rechazan así, de plano, opiniones como la de JORDANO FRAGA (Obra citada; pp. 94 y ss.) que ve en la transmisión del «*ius delationis*» una auténtica sucesión. Pues escribe:

«Lo dice clarísimamente el art. 1.006 del C.c.: por muerte del llamado-transmitente, *pasará a sus herederos el mismo derecho —ius delationis— que el tenía*». Hay pues, traspaso, transmisión, sucesión: los herederos del transmitente suceden a éste *en la titularidad* del mismo «*ius delationis*» que él tenía para la herencia del primer causante (sic).

Y añade: «Para los que todavía no resulten convencidos por las inequívocas expresiones legales, hay que recordar que éstas proceden del artículo equivalente del Proyecto de 1.851 (art. 836 Proy., que el art. 1.018 Anteproy., había, a su vez, recogido) y, comentando el artículo 836 Proyecto 1.851, GARCÍA GOYENA decía cosas tan reveladoras como estas: «si yo tenía derecho a aceptar o repudiar, ¿por qué no lo he de transmitir a mis herederos *en los mismos términos y por el mismo tiempo que yo podía ejercitarlo?*... nuestro artículo es, si mal no me engaño, más claro y conciso que el 791 Francés, como puede verse en las palabras “el mismo derecho que él tenía”; “cuando pudiera hacerlo el mismo difunto”. Así se aclara y fija la idea fundamental de que los herederos —del transmitente— pueden todo, pero no más de lo que podía hacer el difunto —el eco de la regla de oro de las adquisiciones derivativas es evidente: “*nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet*”—».

Citando el propio JORDANO F., también como apoyo de lo que dice (p. 95, nota 97), la opinión de BENITO GUTIÉRREZ («Códigos...», Madrid 1863, p. 551) quien, siguiendo al clásico GÓMEZ, dice: «la herencia no adida —del primer causante— se transmite a los herederos —transmisarios—... no como adida, sino como facultad de adirlaje de modo que el transmisario podrá adirla o rechazarla de la manera que pudo hacerlo el transmitente» y antes, en p. 549: «mas si la herencia —del primer causante—no se transmite—por el transmitente— porque no se tiene, hay cosas que el instituido—transmitente—tiene y que puede transmitir; tal es el derecho y facultad de adirla por la razón que existe para que pasen al heredero—transmisario— todos los derechos tanto reales como personales—de su causante—transmitente—» (¡jojo! no los personalísimos).

«El texto de Antonio GÓMEZ, que se corresponde con la segunda cita de Gutiérrez, es el que sigue: ...«(sigue la cita en latín) Pues bien, de esta cita, nos interesa para este trabajo la última parte: «...después de la muerte del heredero —el transmitente— sin aceptar, todos los derechos que le correspondían, tanto reales como personales, pasan a la herencia yacente... luego, por consecuencia, pasa a la herencia de éste (el transmitente) aquel derecho de aceptar o renunciar; y precisamente porque su heredero —(el transmisario)— acepta aquella herencia, necesariamente debe de adquirir aquel derecho de aceptar comprendido en ella».

Pues bien, ante todo hemos de reconocer que causa cierta emoción el comprobar que argumentos y razonamientos esgrimidos por GARCÍA GOYENA, GUTIÉRREZ, o Antonio GÓMEZ hace un siglo, sigan teniendo actualmente vigencia. Ya que, si mal no nos equivocamos, eso es lo que dice la Dirección General de los Registros y el Notariado en su última y más extensa Resolución sobre el «derecho de Transmisión»: la de 23 de junio de 1986.

Así, en su *considerando* 2.—, dice: «El transmisario puede libremente aceptar y repudiar la herencia del transmitente (segundo causante), sin que lo pueda hacer parcialmente (arts. 988 y 990 del Código Civil):

a) En el caso de que *acepte* la herencia, como entre los bienes, derechos y acciones que la integran, se encuentra el “ius transmissionis”, al igual que hubiera podido hacer el segundo causante (transmitente) respecto de la herencia del primero, podría el transmisario aceptarla o repudiarla. Si opta por lo primero —aceptación— los bienes que la integran quedan englobados dentro de la herencia del segundo causante. Pero si opta por repudiarla, entonces habría que examinar cada caso concreto para fijar el destino de los bienes, dadas las variadas posibilidades que pueden presentarse (existencia o no de sustituciones en la disposición de última voluntad del primer causante, derecho de acrecer, incluso apertura de sucesión intestada).

b) En el caso de que el transmisario *repudie* la herencia del transmitente, no adquiere, como es lógico, ninguno de los derechos que la integran, y por tanto el “ius transmissionis”.

Y, dicho esto, a la luz de los repetidos textos doctrinales, no vemos que, en modo alguno, le den la razón a JORDANO FRAGA; sino que, en nuestra opinión, ocurre todo lo contrario y parecen ser un apoyo más de nuestra teoría.

En efecto, el texto de GARCÍA GOYENA (por todos), dice clara y palmariamente lo siguiente:

1.º.— Que hay «transmisión», y no que exista «sucesión». Nosotros estamos de acuerdo y solo añadimos el adjetivo calificativo: «INSTRUMENTAL» o funcional y «ex-lege». Si hubiese sucesión, ¿en virtud de qué título, testamentario o intestado —art. 658 C. civil— se sucedería?; máxime cuando el llamado a ser heredero por el testador o

por la Ley es el delado-transmitente; ¿Qué designación testamentaria o nombramiento intestado puede tener el transmisario para suceder en el «ius delationis»? Dicho título sucesorio no puede ser el «ius transmissionis», pues por éste sólo cambia la persona que puede «EJERCITAR» el «ius delationis», pero *no* cambia el sujeto que puede adquirir la herencia una sola vez deferida y llegue a ser heredero (también esto se verá después).

2.º.— Que lo que se transmite, —continúa García Goyena— es el *EJERCICIO* del «ius delationis» y nada más. Verdad incontrovertible, toda vez que las titularidades o cualidades hereditarias son personalísimas e intransmisibles.

3.º.— Que todo lo anterior *se basa* en otra verdad incontrovertible: nadie puede dar, pasar o transmitir a otro más de lo que tiene y puede. Que es justamente el fundamento de nuestra opinión.

De manera que solo una interpretación caprichosa de tales textos, puede sacar conclusiones distintas y radicalmente opuestas a lo que es manifiesto y claro.

Item mas, si de argumentos gramaticales se trata, conviene no perder de vista la palabra que utiliza el art. 1.006 para designar al transmitente; pues le llama «*HEREDERO*» («Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar...»). Y es que, admitiendo sin reservas que se trata de una *incorrección terminológica*, pues en realidad, debería decir: «*Si EL LLAMADO A SER heredero...*», sin embargo, conviene reparar en que esa *incorrección terminológica* se ha ido arrastrando en nuestra moderna legislación.

Así, *el Proyecto de Código Civil de 1851*, en su artículo 836, hablaba de «Heredero»; y *el Anteproyecto de 1882*, art. 1.018 también utiliza esta palabra para designar al transmitente. De manera que muy bien se podría suponer que, no obstante la *incorrección terminológica*, los distintos y variados artifices que intervinieron en la confección histórica de nuestro Código Civil hasta plasmar el actual art. 1.006, tenían *in mente* que el transmitente debía de ser el heredero del primer causante, toda vez que utilizan tal palabra («heredero») en todas las redacciones normativas. (En realidad, *abierta la sucesión*, nuestro Código Civil llama *reiterada e impropriamente* «heredero» a la persona delada o titular del «ius delationis»: artículos 1.001, 1.002, 1.004, 1.005, 1.006, 1.007, 1.010, 1.012, 1.014, 1.015, 1.016, 1.018, 1.019, 1.022, 1.023,... —*excepto* el artículo 1.009 que habla de «llamado» para señalar al titular del «ius delationis—).

En resumen, se podría pensar que a nuestros legisladores ¡*les traicionó el subconsciente*!

Quizás, incluso, *LA UBICACIÓN* del art. 1.006, y las soluciones que dan los arts. 1.001 a 1.005 por razones de protección a los acreedores u otros interesados o por motivos de equidad, es decir, *razones especiales* que fundamentan excepciones o suspensión de reglas generales, podría abonar aún más esta impresión.

En efecto, los arts. 988 y siguientes regulan la aceptación del llamado a ser heredero *en circunstancias normales*: vive, puede y quiere.

A continuación, *el art. 1.000*, para el caso de que viva el llamado y no emita una declaración de voluntad expresa sobre si acepta o repudia, regula una *aceptación TÁCITA*, si se realizan actos que valgan como aceptación.

Seguidamente, si el llamado a ser heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, *el artículo 1.001* permite que el juez autorice a tales *acreedores del llamado* para que *acepten a nombre de éste* (¡y no por eso se convierten ellos mismos en herederos!).

Después, el artículo 1.002, si el llamado a ser heredero —el delado— ha *sustraído u ocultado (maliciosamente)* algunos efectos de la herencia «pierden tal facultad de renunciarla» o, mejor dicho, como entienden los autores, *se impone al llamado la aceptación «ex lege»*; es decir, se prescinde de la voluntad del «delado» y se atribuye a sus actos ¡maliciosos! de sustracción y ocultación de bienes hereditarios, el carácter de aceptación, que hace que se le atribuya «ex lege» la herencia.

Más tarde, *el art. 1.005*, para el supuesto de que también viva el llamado y permanezca en silencio sobre si acepta o repudia, sin realizar ninguno de los actos que valen como aceptación, y tras una interpelación al mismo, *impone una aceptación EX LEGE* («Se tendrá la herencia por aceptada»).

Finalmente, *el art. 1.006*, para el caso de que el llamado haya fallecido con todos los requisitos de idoneidad para ser heredero, pero sin aceptar (ni expresa ni tácitamente), es decir, sin realizar el último acto que le convertiría en heredero y le haría adquirir la herencia de su causante, por razones de equidad, permite una «legitimación extraordinaria» (transmisión del «ius delationis») a sus herederos (los transmisarios) para que éstos cierren el círculo de la adquisición hereditaria en su favor (del transmitente).

Es decir, parece como si el legislador entendiese que sólo la persona designada, vocada y delada pudiese ser el único y auténtico heredero del causante de quien procede tal delación (¡salvo, obviamente, que repudie la herencia a él deferida!, como ocurre en el caso del art. 1.001 C.c.; en cuyo caso los herederos tampoco serán los acreedores, no obstante aceptar, sino los sustitutos vulgares, los coherederos con derecho de acrecer o los nombrados intestados, según los casos). No le cabe en la cabeza que pueda ser otra persona.

Así, aún en contra del principio de que nadie puede adquirir derechos sin su voluntad, siguiendo criterios romanistas, *el art. 1.005* le IMPONE la aceptación (aunque sea motivada por terceros interesados) y no le hace decaer en sus derechos. Pues lo mismo podría haber dicho que en tales casos «la herencia se entenderá *por renunciada*» (como ocurre en Derecho Catalán, artículo 28, Código de Sucesiones), o que se pierde el derecho de aceptar (como sucede en Derecho Italiano; art. 481, C. Civil). Ya que si impone imperativamente la acepta-

ción, no hay razones para pensar que no podría haber hecho lo contrario (pues la mecánica sucesoria subsiguiente impediría dejar desamparados a los interesados de que habla el art. 1.005).

De manera que, si por vía del art. 1.005, *VIVO* el transmitente (y para proteger a terceros interesados), se entiende aceptada por éste la herencia del primer causante, ¿porqué no se puede aceptar una solución similar, *muerto* ya el transmitente, aunque por vía del art. 1.006 (en este caso por razones de equidad); entendiéndose que dicho transmitente aceptó en el último instante de su vida terrenal la citada herencia del primer causante, cuando el transmisario ejercita positivamente el «ius delationis» que de manera instrumental o funcional (a modo de título legitimador) se le transmite?

El art. 1.005 «*impone*» la aceptación porque el transmitente, a más de estar vivo, es designado/nombrado, vocado y delado.

El art. 1.006, al haber fallecido el transmitente y al no ser el transmisario ni designado, ni vocado ni delado, *sólo le puede dar la opción* (= transmisión instrumental del «ius delationis») de que, si quiere, puede «cerrar el círculo» de la adquisición hereditaria de su causante y transmitente, pero operando la aceptación o renuncia en cabeza de dicho transmitente.

Se podrá *RESPONDER* que, precisamente porque el transmitente ha muerto, con ello se extinguió su titularidad, que pasará al transmisario.

Ahora bien, respecto a que *la TITULARIDAD* del «ius delationis» pase al transmisario («los herederos del transmitente *suceden* a éste en la titularidad del mismo “ius delationis”», dice JORDANO FRAGA), en virtud del art. 1.006 C.c., *es cosa igualmente imposible* (por lo ya repetido); máxime si, además, se asegura que subsiste la delación en favor del transmitente (p. 96, entre otras muchas); cosa que, por lo demás, es cierto.

Pero como esta posición de JORDANO coincide sustancialmente con la del profesor ALBALADEJO (opinión que NO compartimos) y es fundamental clarificar la cuestión para explicar el fenómeno, conviene que se comente detenidamente la *posición del delado-transmisor*, intentando dar respuesta a los que siguen tal teoría.

VI.— LA POSICIÓN DE TRANSMITENTE DELADO

Expuesto todo lo anterior, ya se comprende mejor la posición del transmitente en la sucesión «*Iure transmissionis*». Pero como dicha posición está estrechísimamente ligada a la *condición de «DELADO»* conviene ahora que se profundice en este personaje. Ya antes se dieron unas pinceladas para servirnos de hilo conductor hasta la figura del transmitente; a modo de recapitulación, diremos que la cualidad de delado (persona a quien por consecuencia de su nombramiento, llama-

miento o vocación, habiendo sobrevivido al causante y teniendo capacidad sucesoria se le ofrece la herencia para su aceptación) *es personalísima y, por tanto, intransmisible*, como la de heredero; respecto de la cual constituye un *estadio previo*. El delado es el germen, *el embrión* del heredero, el proto-heredero; Y tal es así que, si algún día se acepta la herencia, la adquisición de la cualidad de heredero por tal hecho, sólo forzosa y necesariamente ha de operar en la persona del delado (y, en modo alguno, en cualquier otra persona distinta al mismo).

En este sentido escribe LACRUZ que la vocación (quizás mejor sería hablar de «designación» o «nombramiento») está incorporada a la esfera personal del primer llamado (el transmitente) y no puede desvincularse jamás de ella.

Por eso, NO podemos compartir la opinión de VALDEOLMILOS (Obra citada, p. 485, *in fine*) cuando escribe: «...Pero esto es en cierto modo equiparar la cualidad de llamado con la cualidad de heredero; cierto que ambas cualidades están vinculadas a la esfera personal, pero mientras que la cualidad de heredero no puede jamás separarse del sucesor, pues una vez se es heredero ya nunca se podrá dejar de serlo, la cualidad de llamado en cambio, aunque ligada a la personalidad, es eventual, pues se pierde por repudiación (y la Ley llamará al sustituto, etc.) o por fallecer sin haber aceptado (y entonces la Ley llama al heredero). Por ello, la delación del transmisario es originaria suya y es distinta de la del transmitente. La delación del transmitente no se “desincorpora” sino que muere con él y de la Ley brota la nueva delación del transmisario».

En efecto, *es cierto que* la delación u «ofrecimiento de la herencia», *objetivamente considerada*, es irrelevante a quien se haga, al haberse patrimonializado el contenido del «ius delationis», lo que lo hace transmisible *mortis-causa* en la actualidad (a diferencia del Derecho Romano, no obstante conocer éste notables excepciones).

Sin embargo, no se puede desconocer ni olvidar que la delación *TRAE CAUSA* en una previa *designación o nombramiento* (testamentario o intestado), de manera que NO se puede ofrecer a cualquiera una delación desvinculándola de su causa u origen.

Con lo cual, *la delación es ya relevante* en el sentido de no poderse separar de dicha causa; pues lo contrario supondría cambiar alegremente la designación previa, vía transmisión del «ius delationis».

Y todo lo anterior es *un argumento más* que impide considerar que por el art. 1.006 C.c. se entienda transmitida la titularidad misma del «ius delationis». Y, por eso, afirmamos que lo único que permite el citado art. 1.006 es la transmisión del aspecto objetivo que presupone la delación, pero nunca su titularidad, y ello, con carácter meramente instrumental.

De manera que no se diga que la cualidad de delado no está vinculada a la cualidad de heredero, toda vez que, como dijimos, constituye un estado previo o «embrión».

Así mismo, cabe argumentar, en contra de lo dicho por VALDEOLMILLOS, lo siguiente:

— Que *la cualidad de heredero sí se pierde* y se puede dejar de serlo en los supuestos de institución bajo *CONDICIÓN O TÉRMINO RESOLUTORIOS*, si éstos se cumplen efectivamente; salvo en Derecho Catalán que sigue el principio romano «*semel heres semper heres*» (por eso no admite la institución de heredero bajo condición o término resolutorios). Y también se extingue por *su fallecimiento* (naturalmente), habida cuenta el carácter personalísimo e intransmisible de tal cualidad. Pues una cosa es su intransmisibilidad (que no lo es) y otra su extinción (que sí se extingue).

— Por otra parte, y respecto del *DELADO*, escribe Valdeolmillos que la cualidad de llamado o delado se extingue con la *repudiación* (del «*ius delationis*»). ¡¡Faltaría más!!; ¡¡cómo no se va a extinguir!! Toda vez que el «*ius delationis*» es un derecho o facultad que se extingue con su ejercicio (su ejercicio lo extingue).

Añadiendo, que tal cualidad de delado también se extingue por *su fallecimiento*. Pues bien, aparte de no ser esto siempre cierto (pues, como ahora explicaremos, el art. 1.006 C.c. permite precisamente esa *no extinción* en fase de «pendente conditione», —*conditio iuris*—, causando temporalmente excepción al principio sucesorio que postula, por regla general, lo contrario), de ser así, no resultaría extraño, ni ninguna novedad añadiría; pues como es predicable respecto a las cualidades jurídicas o titularidades sucesorias, al ser personalísimas e intransmisibles y lo mismo que la cualidad de heredero se extingue con su fallecimiento, la cualidad de delado se extinguiría (con excepción, repetimos del art. 1.006 C.c.), sin más y mecánicamente, por su muerte. De manera que no habría aquí ninguna diferencia.

— Respecto a que, al fallecimiento del transmitente-delado, «brote la nueva delación del transmisario», pensamos que no es posible ese nuevo «brote» sino merced a dos vocaciones distintas, como veremos a continuación.

Y mucho menos pensamos que ese «brote» se deba a una reproducción de la delación hecha por ministerio de la Ley (*ex lege*) en favor del heredero del transmitente, una vez fallecido éste, como sostiene Valdeolmillos (p. 470, siguiendo a NICOLO y p. 480-primer párrafo); ¡¡pues de ser así nada se transmitiría!!! (para más argumentos, además de los nuestros y en contra de la teoría de NICOLO, véase Albaladejo, obra citada, pp. 944 y 945).

También a este respecto escribe BARBERO (Al que cita Albaladejo en su Sucesión «*Iure Transmissionis*», p. 945; nota (77)): «*Este derecho (a aceptar la herencia deferida a otro) no significa transmisión de la vocación a suceder al primer “de cuius”*. Es, por el contrario,

efecto de la propia vocación de suceder al segundo. Puesto que “suceder” significa subentrar en la posición jurídica del difunto, este subentrar comprende, también, el derecho a aceptar la herencia, derecho contenido en aquella posición. Y, así, forma parte del contenido de la propia vocación, pero no es transmisión de la vocación del “de cuius”... Esto no es bizantino, pues *si hubiese transmisión de la vocación del “de cuius”, habría, en sustancia, DOS VOCACIONES DISTINTAS* y, por tanto, la posibilidad de aceptar independientemente la una de la otra... Nosotros (dice Albaladejo) creemos acertada la tesis de Barbero —intransmisibilidad de la vocación— pero no sus argumentos. *La vocación es intransmisible* y no lo es el “ius delationis” por una razón lógica. Este “ius de lationis” consiste en el poder de adquirir la herencia, y este poder puede la Ley atribuirlo o permitir que se transmita a determinadas personas, por razones determinadas (Así, lo atribuye al llamado “porque” se le llama, o permite que se transmita a sus herederos “porque” aquél muere sin haberlo ejercitado). Pero *lo que la Ley no puede hacer* (continúa Albaladejo) *es que el llamado sea otro distinto del que lo fue, es decir, que el llamamiento se dirija a quien no se dirigía.* O, si se quiere, lo que la Ley puede hacer es que los “efectos” del llamamiento se produzcan en cabeza de otro, y que éste reciba el derecho a aceptar la herencia (transmisión del “ius delationis”), pero lo que no puede lógicamente hacer es que resulte llamado aquél a quien no se llamó (que es lo que sería la transmisión de la vocación).

BARBERO piensa que si la vocación fuera transmisible, el llamado a la herencia del segundo causante (transmitente de la vocación) se encontraría con dos vocaciones distintas e independientes a su favor, y que, por tanto, podría repudiar la herencia del transmitente y aceptar la del primer causante cuya vocación le transmitió aquél. Cosa que, ciertamente, es inadmisibile. Pero Barbero (sigue Albaladejo) no se percata de que esta reducción al absurdo no es argumento en pro de la intransmisibilidad de la vocación, y no lo es por la siguiente razón: Aunque la vocación no fuere, de por sí, intransmisible, no por ello podría el “llamado a la herencia del llamado” (el transmisario) repudiar la herencia y aceptar la del primer causante. Y ello por la poderosa razón de que en todo caso la vocación del primer causante se transmitiría a los herederos del llamado, y el que repudia la herencia de éste no se convierte en su heredero. Luego no puede recibir la vocación del primer causante y, por tanto, no puede aceptar su herencia.

Así que, en conclusión, el argumento de Barbero no prueba la intransmisibilidad de la vocación que, por otro lado, es ciertamente intransmisible, por la razón que antes apuntamos» (fin de la cita).

Pero *¿qué es lo que sostiene ALBALADEJO*, además de lo dicho anteriormente? Tras advertir que la sustancia de lo que dice es referible a delación y a vocación, se entienda o no que sean lo mismo (p. 945, nota 77), escribe: «Nosotros pensamos (Dice Albaladejo, p. 945 de la obra citada) 1.º.— No hay un solo llamamiento (que sería el virtual en

favor de los herederos del llamado en primer término, convertido en actual por la muerte de éste) y un solo “ius delationis” que no se transmite, sino que *originariamente adquieren los herederos del llamado*. Y 2.º.— Al morir el llamado no se extingue su llamamiento y se produce una segunda delación de la herencia del primer causante, a favor de los herederos del llamado por la primera. Subsiste esta delación; es decir, subsiste el “ius delationis” que nació del primer llamamiento. Pero con la muerte de su titular, tal “Ius” se transmite a sus sucesores. Por lo cual *CAMBIA EL SUJETO QUE PUEDE ADQUIRIR LA HERENCIA una sola vez deferida. Pero el derecho, en base al que la adquirirá, sigue siendo el mismo que tenía su transmitente*» (la bastardilla es nuestra).

Para ALBALADEJO, si el transmisario acepta la herencia del primer causante, será heredero de éste; «el adquirente o transmisario es sucesor del transmitente en el “ius delationis” y sucesor del primer causante en la herencia de éste» (p. 953). (Por cierto, también BARBERO opina que el transmisario adquiere la herencia del primer causante directamente; misma p., nota 94).

NUESTRA OPINIÓN sobre este particular, y de acuerdo con cuanto llevamos expuesto y sin perjuicio de lo que decimos a continuación, es la siguiente:

1.º.— Estamos de acuerdo con el autor italiano Barbero y el profesor Albaladejo, en cuanto sostienen que *la vocación es INTRANSMISIBLE*, y aceptamos los argumentos que propone este último para demostrar este particular (salvo lo que decimos a continuación).

2.º.— *No estamos, sin embargo, de acuerdo con el profesor Albaladejo ni con los que comparten su teoría, respecto a que el transmisario adquiere recta vía la herencia del primer causante, sino que lo hace TRASLATIVAMENTE* (o, como dice el profesor LACRUZ: a través de la herencia del segundo causante —el transmitente— produciendo sus efectos en la herencia de éste, como parte de la herencia de éste); *ni mucho menos creemos, como asegura Albaladejo, que con la transmisión del «ius delationis» al transmisario: «cambia el sujeto que puede adquirir la herencia, una sola vez deferida».*

Precisamente, todos los argumentos que propone este autor para justificar la intransmisibilidad de la vocación, nos conducen a la conclusión contraria. *El sujeto que puede llegar a ser heredero y es siempre el mismo* (no cambia): *el delado-transmitente*, (¡¡aunque la aceptación o repudiación pueda hacerla persona distinta!! como después explicaremos). Pues, si es intransmisibile la vocación, de la misma manera, y aún por razones más poderosas, lo es la *TITULARIDAD* de la *delación*; ya que, como antes se explicó, la delación trae causa de una previa designación testamentaria o nombramiento legal abintestato que marca con precisión la trayectoria a seguir una vez que se produzca la operatividad de tales designaciones al producirse la vocación.

Y, al igual que la vocación, las titularidades sucesorias son intransmisibles.

3.º).— Finalmente creemos que, de seguir *la tesis* de Albaladejo, nos encontraríamos básicamente, *por vía de consecuencia*, con los mismos efectos que produce una **DOBLE VOCACIÓN**. Lo cual es *inadmisible*. Pues ¿cómo va a cambiar el sujeto que puede adquirir una herencia si no es en virtud de dos auténticas y verdaderas vocaciones o delaciones actuales y concretas?; ¿no quedamos en que el «muro jurídico» que supone la delación exclusiva y excluyente, actual, originaria y concreta en favor del transmitente impide esa posibilidad, en buena técnica jurídica, toda vez que *las titularidades sucesorias son personalísimas e intransmisibles*?

Y es que, en efecto, *nosotros* pensamos que las cosas ocurren de otra manera. Veámos.

Teniendo en cuenta lo dicho recientemente en cuanto a la «conditio iuris» y la configuración interna que del «ius delationis» contempla el art. 1.006 C.c., tenemos que, **PENDENTE CONDITIONE**, con carácter provisional y temporal, y en mor al citado precepto, dicha *calidad de delado NO se extingue por su muerte*; si se extinguiese tal titularidad, la calidad de heredero recaería en persona no delada y el transmisario, al ejercitar el «Ius delationis» (aceptando o renunciando) estaría haciendo uso de un derecho sin titular, toda vez que el transmitente, al haber fallecido, habría perdido dicha titularidad, que quedaría extinguida.

Pero el transmisario tampoco la ostentaría, por no poder transmitírsela el transmitente (habida cuenta el carácter personalísimo e intransmisible, que se extinguiría con su muerte) ni haber sido llamado a heredar (al no ser delado), ya que no ha sido nombrado por el causante en su testamento o declarado como tal por el juez (en base al llamamiento legal, cuando tenga lugar la apertura de la sucesión intestada); es decir, no tiene un poder jurídico actual y concreto a hacer propia la herencia.

Y por otro lado, la Ley No puede llamar para ser heredero a otra persona que no ostente la calidad de delado; es decir, no cabe que la Ley pueda atribuir (originaria o derivativamente), «ex lege» la titularidad del «ius delationis» a otra persona distinta a quien debe ir dirigido según los principios sucesorios.

Por eso, *temporal y provisionalmente*, hasta que se actúe el «ius delationis» (cuyo contenido y ejercicio se transmite en virtud del art. 1.006 C.c.) la titularidad permanece incólume en la persona de su titular: el transmitente fallecido sin aceptar ni repudiar. Causando «temporalmente» **SUSPENSIÓN** del principio sucesorio que establece e impone la extinción de las titularidades por fallecimiento de quienes las ostentan.

Ahora bien, esta **APARENTE QUIEBRA** del sistema *se restablece* de nuevo en fase de **EXISTENTE O DEFICIENTE CONDICIONE**: o

sea, una vez que se acepte o se repudie la herencia. Ya que *merced a la eficacia retroactiva del cumplimiento/incumplimiento de la condición* («conditio iuris»), se ha de presumir que la aceptación o la renuncia tuvieron lugar en vida del transmitente. Por lo que, definitivamente, en tal momento se ha de considerar si adquirió, y por tanto transmitió, o no lo hizo. Y, en cualquier caso, se ha de considerar que, de haber aceptado y consolidado su cualidad de heredero, ésta se extinguió al fallecimiento del mismo.

Luego tal quiebra *aparente* (sólo eso y no real) de los principios que inspiran el derecho sucesorio (extinción de la cualidad de heredero o delado por el fallecimiento) es además *temporal y provisional*; motivado por unas razones instrumentales a fin de dar salida y solución al supuesto del heredero que, sobreviviendo a su causante, fallece sin aceptar. Solución y salida que pretende el art. 1.006 del C.c., al margen del normal discurrir de las cosas (de lo que sin el citado artículo ocurriría: acrecimiento, o apertura de la sucesión intestada del primer causante).

Pero como tampoco se quiere entorpecer y quebrar definitivamente tales principios sucesorios, en realidad se puede hablar de *suspensión temporal* de los efectos de los mismos en fase de «pendente conditione». Restablecida nueva y definitivamente la plena vigencia del principio (extinción de la cualidad por fallecimiento de su titular) merced a la tan reiterada eficacia retroactiva que del cumplimiento o incumplimiento de la condición se derivan: a saber, una vez recaída la aceptación o renuncia a la herencia del primer causante.

Entonces *el sistema queda restablecido definitivamente*, (si es que alguna vez resultara roto) incólume, sin fisuras ni quiebra alguna.

EN RESUMEN: A nuestro juicio, el fundamento de la construcción del profesor ALBALADEJO consiste en creer que la titularidad del transmitente respecto del «Ius Delationis» se extingue por su muerte y pasa entonces derivativamente al transmisario. Por eso sostiene que, aunque la vocación (y, por consiguiente, la delación) es intransmisible, al fallecer el transmitente, el «Ius Delationis» del que aquél era titular pasa o se transmite a un nuevo titular: el transmisario, el cual adquiere recta vía, y por esta causa, la herencia del primer causante.

PERO ya hemos explicado cómo solamente «existente o deficiente conditione» se extingue tal titularidad del transmitente; aunque entonces será, bien porque adquiera la herencia del primer causante, convirtiéndose en su heredero, bien porque renuncie a su herencia (entrando, entonces, en juego el derecho de acrecer u otras delaciones posteriores en preferencia); todo lo cual provocará el transmisario actuando el contenido del «Ius Delationis» (aceptar o repudiar) y merced al efecto retroactivo combinado de la «CONDITIO IURIS» CUMPLIDA, y del art. 989 C.c. (como luego veremos).

Pues, precisamente, lo que faculta el art. 1.006 del C.c. es que se transmita el contenido del «Ius Delationis», pero no su titularidad

(que es personalísima e intransmisible), posibilitando que, mientras el transmisario no actúe tal contenido, esto es, PENDENTE CONDITIO-NE, la titularidad del delado quede provisionalmente en estado de pendencia y localizada en la persona del transmitente.

Ya Messineo (al que cita Albaladejo en su trabajo) se percató en el año 1950 de que «La transmisión tiene por contenido No la cualidad de heredero —por sí intransmisible— sino más bien el contenido económico de esa cualidad».

VII.— EN VIRTUD DE LA RETROACCIÓN DE EFECTOS EL TRANSMITENTE ES HEREDERO DEL PRIMER CAUSANTE, Y NO LO ES EL TRANSMISARIO

Ya se acaba de explicar cuánto puede transmitir el «delado»-transmitente y bajo qué presupuestos lo puede hacer.

Pues bien, la consecuencia lógica en dónde desembocan tales consideraciones es que el transmitente es el verdadero heredero del primer causante y nunca lo puede ser el transmisario.

La posición contraria la sostiene ALBALADEJO que propone como *argumento definitivo de su teoría* el efecto retroactivo de la aceptación o repudiación de la herencia, pues dice: «Si la herencia del primer causante se recibiese así mismo del transmitente (es decir, se “sucede” en ella al transmitente; éste es el “causante”, éste es la persona a quien se “hereda”), habría que afirmar lo siguiente: los efectos de la aceptación de tal herencia sólo se retrotraen hasta la muerte del transmitente. Lo cual es inadmisibile, y retrotraídos hasta el momento de la muerte del primer causante prueban que éste es el *causante o persona a quien directamente heredan* los ya herederos del transmitente». (obra citada, en p. 954) y añade en su nota (97): «Si a él se sucedió, él es el causante o *persona a quien se hereda*, a cuya muerte manda el artículo 989 del Código Español que se retrotraigan los efectos de la aceptación» ... y este argumento se considera por muchos como insalvable para quienes, siguiendo la teoría contraria de LACRUZ, opinan que es el transmitente y no el transmisario el que hereda al primer causante.

NOSOTROS estamos de acuerdo con Lacruz, y se pretende, a continuación dar cumplida y razonada explicación al fenómeno, que destruya ese presunto argumento insalvable. Pues bien, ya dejamos dicho que sólo se podrá llegar a ser heredero y adquirir la herencia de que se trata, aquella persona que, estando llamada para suceder, por haber sido nombrado o designado como tal sucesor por el causante o por la Ley, sobreviva al causante y, teniendo capacidad para sucederle (a la capacidad nos referiremos en epígrafe aparte) se le ofrezca la herencia (con llamamiento actual y excluyente) para poder aceptarla y la acepte. Con lo que termina el proceso de adquisición hereditaria.

Por consiguiente, no podrá, en modo alguno, llegar a ser heredero ni adquirir la herencia, ninguna otra persona que no reúna, cumulativamente, tales requisitos.

Y, evidentemente, el transmisario no es sucesor del primer causante: ni ha sido designado por el causante en la sucesión testada ni está nombrado por la Ley en base al llamamiento que ésta hace en la sucesión intestada ni, en resumen, es sucesor «delado». Sucesor delado lo es el transmitente o segundo causante. Ni del propio art. 1.006 se puede deducir lo contrario de lo que aquí se afirma, como vimos en el anterior epígrafe.

Es decir, no todos aquellos que tengan un llamamiento llegarán a ser herederos:

A) *En la sucesión testada*, solamente los llamados y previamente designados por el testador que le hayan sobrevivido y tengan capacidad para suceder, se les ofrezca la herencia para su aceptación, y la acepten.

B) *En la sucesión intestada*, únicamente los que hayan sido declarados como tales sucesores en base al llamamiento efectuado por la Ley, incluidos dentro de la línea preferente y/o de grado más próximo (que excluye a los más remotos) y acepten, tras haber sobrevivido al causante y teniendo capacidad para sucederle.

«ERGO» ¿Cómo van a llegar a suceder y a título de herederos del primer causante los sucesores del transmitente (o sea, los transmisarios) si no fueran precisamente designados o nombrados (por el testador) ni llamados (por la Ley) ni delados para sucederle a título universal?

Supongamos que el transmitente reúne todos los requisitos legales (antes expuestos) para suceder y ser considerado sucesor del primer causante, y que el transmisario, a su vez, los propios para suceder, no sólo al transmitente, sino al primer causante; es más, consideremos que el transmisario ya ha aceptado la herencia de su causante y transmitente y, además, la del primer causante, haciendo uso del «*Ius delationis*» que se le transmite y adquiere; por lo que respecta a la herencia del primer causante, nos encontramos con lo siguiente:

1.º Que el *transmisario* acepta la herencia del primer causante, si bien no fue nombrado ni delado por el causante en su testamento, ni declarado heredero abintestato, con carácter excluyente, en base al llamamiento legal.

2.º Que el *transmitente*, habiendo sido delado (testamentariamente o *ab intestato*), ha fallecido sin aceptar, al sorprenderle la muerte antes, no obstante haber sobrevivido a su causante (primer causante) y con capacidad para sucederle.

Pues bien, como quiera que sólo pueden ser herederos y adquirir la condición de tales los que siendo llamados reúnen todos los requisitos requeridos por la Ley para ello, resultaría que:

La aceptación por el transmisario de la herencia del primer causante, no le hace adquirir la cualidad o condición de heredero respecto del mismo, al no ser persona delada (testamentaria ni abintestato).

En efecto, cuando acepta el transmisario la herencia del transmitente, se convierte en su heredero y, como tal heredero, ya puede aceptar (o repudiar) la herencia deferida a su transmitente (la del primer causante). Pero no por ello se convierte en heredero de este primer causante. (Ni testamentaria ni abintestato).

El transmisario, con esta segunda aceptación, hace suya la herencia (entendida como «universitas iuris hereditatis») ofrecida a su causante y transmitente, cuya adquisición este último no pudo consolidar, por haberle sorprendido la muerte sin haber aceptado. Pero no adquiere tal herencia por ser heredero del primer causante, sino POR ACEPTARLA, al hacer uso del «ius delationis» que formaba parte de la herencia de su transmitente, previamente aceptada (en cuyo «contenido» se subroga adquisitivamente); como otro derecho patrimonial más integrado en su patrimonio.

En RESUMEN: ¿Qué carácter tiene la aceptación por el transmisario?

En realidad, con la aceptación por parte del transmisario, se *CONSUMA EL PROCESO ADQUISITIVO DE LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE Y CONVIERTE EN HEREDERO DEL MISMO AL SEGUNDO CAUSANTE O TRANSMITENTE*; de modo que tal aceptación de la herencia deferida a su transmitente *OPERA A MODO DE CONDITIO IURIS SUSPENSIVA*; para que esto se produzca, para que el transmitente adquiriera la cualidad de heredero del primer causante; no se comprendería la transmisión y adquisición del «Ius delationis» si el transmitente no llega a adquirir la cualidad de heredero del primer causante.

La transmisión al transmisario del «Ius delationis» se efectúa bajo la «conditio iuris» suspensiva de que el transmitente llegue a ser heredero, la cualidad que aún no ostenta cuando transmite, y todo ello se explica porque *nadie puede dar ni transmitir más de lo que tiene*; y, si aún así se pretendiera transmitirlo, sólo se podría hacer bajo la condición de que llegue a adquirir y a tener.

Por ello se explica que, por el *juego de los efectos retroactivos* de la condición cumplida, o sea, *la aceptación* en este caso por el transmisario de la herencia del primer causante, el transmitente adquiere la condición de heredero de aquél; retro trayéndose tales efectos, a su vez, a la fecha del fallecimiento de tal primer causante (art. 989 C.c.). y, al contrario, *renunciando* el transmisario, nada adquiere el transmitente del primer causante, ni tan siquiera la cualidad de heredero; desmoronándose pues, toda posibilidad de adquirir tal condición a quien tan sólo le faltaba que el transmisario sobreviviente, siendo capaz de heredar, aceptara.

EN FIN, y esta es *LA CLAVE* de la *RETROACCIÓN DE EFECTOS*, tal retroacción de efectos a la fecha del fallecimiento del primer causante, y que convierte al segundo o transmitente en heredero del primero, se explica merced al *JUEGO COMBINADO* de dos circunstancias que tienen lugar en el tiempo *SIMULTANEÁMENTE Y A LA VEZ Y DE MANERA AUTOMÁTICA*, Si bien, *con independencia la una de la otra*, al operar en *dos ámbitos distintos*, a saber:

A) *Por un lado*, los efectos de la «*CONDITIO IURIS*», cumplida que sea (el «*ius delationis*» se transmite bajo la «*conditio iuris*» de que al transmitente adquiera la cualidad de heredero, circunstancia que tiene lugar cuando el transmisario acepta la herencia del primer causante al actuar el «*ius delationis*»), se retrotraen al último instante de la vida del transmitente, considerando que éste adquirió la cualidad de heredero (del primer causante) en tan postrero momento: en el último instante de su vida terrenal.

Pues «*pendente conditione*» (hasta que no se acepte) la titularidad, personalísima e intransmisible de delado (como se razonó en el epígrafe anterior), permaneció intacta y localizada en la persona del transmitente. De ahí que la eficacia de los efectos retroactivos de la «*conditio iuris*» cumplida *NECESARIAMENTE* se han de producir en la persona del transmitente (titular, repetimos, del «*Ius delationis*»).

B) Pero, por otro lado, y a su vez, merced a los efectos retroactivos de la aceptación de la herencia por el transmitente, actuada (en la forma que se acaba de explicar) por el transmisario y de *CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 989 C.C.*, tales efectos de la aceptación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda. O sea, aceptada la herencia del primer causante «*ficticia y legalmente*» en el último instante de la vida del transmitente, sus efectos se retrotraen a su vez a la fecha del fallecimiento del primer causante.

En consecuencia, nosotros tampoco compartimos la teoría de *ALBALADEJO* en este punto, porque se basa en una premisa que creemos equivocada. Pues después de escribir: «...con la muerte de su titular, tal *ius* se transmite a sus sucesores. Por lo cual *CAMBIA EL SUJETO* que puede adquirir la herencia» (obra citada, p. 945); más adelante insiste: «Tal título (el de heredero) no se confiere al llamado que muere sin aceptar, sino al que le sucede en el “*ius delationis*” (y ejercitándolo adquiere la herencia...) cuando éste se transmite»; apostillando después: «Heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado» (p. 955).

Y *ya explicamos* que, en realidad, el art. 1.006 tiene un carácter instrumental y contempla el supuesto de una transmisión que se efectúa bajo la «*conditio iuris*» de que el transmitente llegue a ser heredero; y también se razonó cómo dicho transmitente, «*pendente conditione*» conserva, encarnado en su persona, la *TITULARIDAD* del «*Ius delationis*». A todo lo cual nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

VIII.— LA CUESTIÓN DE LA CAPACIDAD DEL TRANSMISARIO

El profesor ALBALADEJO al afirmar que es el primer causante la persona a quien directamente heredan los transmisarios (de acuerdo con su criterio sobre la RETROACCIÓN de efectos que produce la aceptación, y antes reseñado), de conformidad con ese criterio, sostiene el mismo autor la que califica de «*TEORÍA DE LA DOBLE CAPACIDAD*», pues el heredero del llamado (el transmisario) necesita tener capacidad en relación con éste (el transmitente), para adquirir la herencia de que forma parte el «*ius delationis*»; pero necesita asimismo tener capacidad de relación con el primer causante porque, en definitiva, al optar por aceptar, en convierte en su heredero (obra citada, pp. 956 a 959).

Por contra, los autores que opinan que él transmisario, cuando ejerce el «*ius delationis*», hereda al transmitente («el transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente, y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante»; LACRUZ, en *Elementos*; Derecho de Sucesiones; p. 56); tales autores, decimos, suelen considerar bastante la capacidad en el transmisario en relación con el transmitente (así también ROCA-SASTRE). Si bien es de notar que no todos los autores que siguen esta última teoría piensan de esta manera. Así, PUIG BRUTAU («Compendio de Derecho Civil», IV; año 1990 pp. 258 y 259) sobre la base de entender que el transmisario, si acepta la herencia del primer causante, en realidad sucede en bienes del mismo. Aunque también cabe señalar lo contrario: que no faltan autores que, siguiendo la teoría de Albaladejo, opinan que es menester solamente la capacidad para suceder al transmitente (Así JORDANO FRAGA, Obra citada, pp. 323 y ss.; en especial las pp. 327 y 328).

El profesor Albaladejo rechaza esta última teoría, no solo por los efectos retroactivos que él atribuye a la aceptación del transmisario, sino porque: «rechazando nuestro punto de vista sobre la capacidad sucesoria en el adquirente del “*Ius delationis*” / el “*transmisario*”, podría éste suceder —a través del transmitente— a alguien respecto del que fuera indigno» (obra citada, p. 959).

Por nuestra parte *NOSOTROS* opinamos lo siguiente:

1.º.— Que la teoría de Albaladejo de la «doble capacidad» produce *consecuencias injustas* en algunos casos. El mismo autor se percató de ello y propone el siguiente ejemplo:

«A instituye heredero a B; B ignora que posteriormente A ha muerto y, por tanto, ni acepta ni repudia su herencia. Muere después B dejando herederos a C y a D; C, nacido antes de la muerte de A; D, ni siquiera concebido en tal fecha.

Aplicando nuestra teoría —la de Albaladejo—, D no puede heredar a A, ni por tanto, suceder a B en el “*Ius delationis*” a la herencia de A».

2.º.— Que respecto a las *incapacidades absolutas*, éstas no son sino supuestos de inexistencia de persona y, por tanto, *no afectan al*

transmisario, toda vez que éste hereda al transmitente y no al primer causante, según llevamos expuesto a lo largo de nuestro trabajo.

3.º.— Que no obstante la teoría de Albaladejo (aún de admitirla) se produciría *«de facto» el mismo efecto* de que un indigno o incapaz (con capacidad relativa) sucediese al primer causante; bastaría con que el transmitente aceptase la herencia del primer causante y después instituyera heredero al que hubiese sido indigno o incapaz, respecto del primer causante, de no haber aceptado dicho transmitente su herencia.

4.º.— Que, no obstante lo anterior, *al transmisario SI LE AFECTAN* las causas de incapacidad relativas y las de indignidad respecto del primer causante (aunque no las causas de incapacidad absolutas); pero, en estos casos, no por lo que dice Albaladejo sino por lo que a continuación se razona.

En efecto, y desarrollando nuestra opinión, tenemos que:

El transmisario ha de tener capacidad de suceder, tanto al transmitente como al primer causante (excepto la capacidad absoluta que no le afecta).

PERO ¿Por qué el transmisario ha de tener la capacidad para suceder al primer causante si NO es su heredero?

Es claro que el transmitente ha de tener plena capacidad sucesoria respecto del primer causante en cuanto que es TITULAR («pendente conditione», como se dejó explicado) del «Ius delationis»; Pero, a su vez, al transmisario, excepto el requisito de existencia, (al no ser heredero del primer causante) *le afectan* las demás causas de incapacidad sucesoria, en cuanto que actúa o ejercita el contenido del «Ius delationis».

No podrán actuar el «Ius delationis», con relación a la herencia del primer causante, los transmisarios incapaces (con incapacidad relativa) ni los indignos, respecto del mismo; en cuanto que la aceptación es portada por el transmisario. Y ello, aún cuando la aceptación por parte del transmisario tenga carácter auxiliar, a fin de «cerrar el círculo» y consolidar el proceso de adquisición hereditaria y la cualidad de heredero, que opera en la persona del transmitente; y aunque, por tanto, con tal aceptación, el transmisario no adquiera la cualidad de heredero respecto del primer causante.

En efecto, *LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD QUE EMITE EL TRANSMISARIO AL ACEPTAR*, tiene *TAN MAGNA ENTIDAD QUE*, de hacerlo en uno u otro sentido, *CONVERTIRÁ O NO EN HEREDERO DEL PRIMER CAUSANTE AL TRANSMITENTE*.

Pero, *a más de lo dicho*, hay que aclarar que al ejercitar o actuar el «ius delationis» el transmisario (aceptando o repudiando), lo hace ¡¡*EN NOMBRE PROPIO!!* y no en el de su causante o transmitente; toda vez que éste no podía hacerlo.

Y lo hace en nombre propio por cuanto ejercita el derecho («ius delationis») que por *imperativo legal* recibe del transmitente.

Y aún hay más; pues no se puede considerar que lo hace en nombre del transmitente: porque ni tiene poder de éste (y de tenerlo se extinguiría con la muerte del poderdante, y nada se podría ejercitar), ni tampoco podría ejercitarlo en nombre del transmitente porque, a diferencia de la titularidad, el ejercicio o actuación del «ius delationis» ya no lo ostenta aquél, sino el transmisario (que lo recibe, como dijimos, por imperativo legal al fallecimiento del mismo, art. 1.006), al haber fallecido el transmitente, no obstante haber sobrevivido con capacidad al primer causante, sin aceptar o repudiar la herencia. Es decir, el transmisario ejercita el contenido (que por imperativo legal se le transmite) de una delación cuya titularidad corresponde a otro.

En resumen, al ejercitar el transmisario el «ius delationis», emitiendo una declaración de voluntad en uno u en otro sentido, ha de tener capacidad para suceder al primer causante, en cuanto requisito para la actuación de tal derecho, que aquel ejercicio supone, ¿cómo se podría ejercitar sino?

Ahora bien, ¿*Qué clase de CAPACIDAD* ha de tener el transmisario?

A) No le afectan las absolutas (supuestos de inexistencia) del art. 745 C.c., bastando que los transmisarios existan y sobrevivan al fallecimiento del transmitente, aunque no existan al fallecimiento del primer causante. Son, pues, transmisarios capaces (por razón de su existencia) respecto del primer causante: los herederos del transmitente que, al fallecimiento de éste, existan ya y vivan, o estén concebidos aunque no hayan nacido (*nasciturus*); no lo serán los no concebidos aún.

Aparte lo dicho al principio, el hecho de que los transmisarios no sean herederos del primer causante y de que el propio art. 1.006 C.c. diga que «pasa a los suyos», o sea, a los herederos del transmitente, confirma lo expuesto anteriormente.

B) Sin embargo, los *INDIGNOS* y los incursos en *causa de INCAPACIDAD RELATIVA* para suceder respecto al primer causante, *NO* tendrán capacidad para ser transmisarios, aun cuando con su aceptación no adquieran la condición de heredero respecto del primer causante.

Tales causas de incapacidad afectan a los transmisarios por las siguientes *RAZONES*:

a) El artículo 1.006 no autoriza a pensar lo contrario.

b) En tanto que las incapacidades relativas tiene un matiz de *prohibiciones especiales* establecidas «ex lege» para todo caso y circunstancia en defensa de la libertad de testar; y las causas de *indignidad sucesorias* tienen un carácter de *pena o sanción civil*, por existir una especie de incompatibilidad moral del sucesor; todo ello, decimos, impone que *razones morales y de equidad* justifiquen la incapacidad, en estos casos, para ser transmisarios.

c) En tanto que la *aceptación o renuncia* supone una *manifestación volitiva de tal magnitud* que, emitida en uno u otro sentido, convierte o no en heredero del primer causante al transmitente, concluyendo el proceso de adquisición de la herencia de aquél (como ya se dijo).

d) La misma capacidad (excepto la de existencia) que se le exige por la Ley al transmitente se le ha de exigir al transmisario, toda vez que éste recibe por el derecho de transmisión el mismo derecho (su contenido): El «*ius delationis*».

De manera que, si respecto del transmitente el *art. 766 C.c.* dice que: «El heredero ... incapaz de heredar ... no transmite ningún derecho a sus herederos ... » (y agregamos: porque nada adquiere), la misma razón cabe invocar para justificar la necesidad de tal exigencia en la persona del transmisario. Y ello porque *el transmisario ejerce el «Ius delationis» relativo a la herencia del primer causante*, respecto de la cual, si bien el transmisario no adquiere la cualidad de heredero, si consolida o no la adquisición de tal cualidad y de la herencia misma en el transmitente o segundo causante. Recibiendo el transmisario la herencia del primer causante a través de la herencia de su transmitente y causante, respecto del que sí es heredero. Es decir, que ¡¡*APROVECHA y BENEFICIA!!* al transmisario el ejercicio positivo que del «*ius delationis*» verifica.

IX.— DE SER EL TRANSMISARIO HEREDERO DEL PRIMER CAUSANTE SE VULNERA EL ART. 670 C.C. EN UNOS CASOS Y SE PRODUCEN CONSECUENCIAS ABSURDAS Y ANTIJURÍDICAS EN OTROS

Si todas las anteriores razones no fueran ya de por sí suficientes para demostrar que el transmisario nunca puede ser heredero directo del primer causante, aún queda otra de no menor peso y que encuentra apoyo en un precepto concreto del Código Civil: *Su art. 670.*

El profesor Albaladejo (obra citada, p. 955, nota (99)) escribe sobre este particular: «...que el heredero del primer causante pueda, en definitiva, fijarse a través de la voluntad del transmitente, no choca con el ... art. 670 del Código Civil español, porque no se trata de que el transmitente sea un tercero que nombre heredero a otra persona, sino el que, en la sucesión “*iure transmissionis*” se encuentra una aplicación de la sucesión en los derechos, a tenor de la cual, *heredero puede serlo el llamado o el que sucede a éste en el derecho a serlo*».

1).— Pues bien, aparte de que *JAMÁS el transmisario puede su-ceder al transmitente en su derecho a ser heredero* (como se viene repitiendo constantemente, sobre todo cuando antes hablamos de la cualidad del «delado»... etc.), no creemos segura tal opinión del profesor Albaladejo.

2).— En efecto, de seguir la teoría de Albaladejo (aparte de lo que se acaba de decir), se estaría entrando de lleno en un *FRAUDE DE LEY* (art. 6, 4 del C. civil).

Nos explicamos.

A) *EN LA SUCESIÓN TESTADA.*—

Si se considera que el transmisario, haciendo uso y en el ejercicio del «Ius delationis» (que recibe formando parte de la herencia de su transmitente) al aceptar, hereda al primer causante y no a su transmitente y causante, ocurrirá que *por VÍA DE CONSECUENCIA* se estará permitiendo y posibilitando lo que el art. 670 del C.c. prohíbe: *EL TESTAMENTO POR COMISARIO*. Téngase presente, como comenta OSORIO SERRANO (*Comentarios...* Edersa, Tomo IX, Vol. 1-A, p. 138) que el art. 670 C.c. impide, no solo que se encomiende a otro la realización total o parcial del testamento (requisito del «personalísimo»), sino que, además, se prohíbe que otra persona distinta del testador complete, perfeccione o *COLABORE* en el testamento otorgado en su día por el propio causante, *decidiendo acerca de las designaciones que aquél ya había efectuado en su testamento* (carácter de «unipersonalismo»).

En efecto, puede ocurrir que el transmitente, al fallecer el primer causante, no hubiese otorgado testamento, incluso que, habiéndolo otorgado antes de tal fallecimiento, lo revoque después del mismo y otorgue uno nuevo, volviendo al poco tiempo a revocarlo de nuevo y otorgar otro; y así sucesivamente.

Podría ocurrir, así mismo, que durante todo este tiempo, no acepte la herencia del primer causante, ni expresa tácitamente (y/o supongamos, simplemente, que no tiene el transmitente conocimiento de tal fallecimiento).

Pues bien, *los posibles eventuales transmisarios* y herederos del primer causante (de así considerarlos siguiendo la teoría de Albaladejo), estarían *cambiando de día en día, según los avatares y el estado de ánimo del transmitente* (heredero nombrado por el primer causante). Hasta que, al fin, un buen día fallece el transmitente; y los herederos por él nombrados el día anterior aceptan su herencia y la del primer causante.

¿Con arreglo a qué *criterio RACIONAL* se les puede considerar a estos transmisarios (y herederos del transmitente) herederos del primer causante?... toda vez que éste, no sólo no los nombró, sino que, y será lo normal, ni siquiera pudo adivinarlos, o al menos, conocerlos.

Pero hay más,

De considerar a estos transmisarios herederos del primer causante, ¿no se les podía considerar que lo son por el hecho y merced a haber sido instituidos por el transmitente y que llegaron a ser herederos de aquél por *pura casualidad*; como a quien le toca la lotería? (en contra de toda norma sucesoria).

¿No se podría considerar que el testamento en el que el transmitente les instituye como herederos suyos, es un testamento otorgado por quien hace las veces de *COMISARIO* por lo que respecta a la herencia del *primer causante*, *el cual, ni les llamó ni les nombró, ni les designó ni fueron instituidos por él?*; ¿Cómo llamarlo si no?

En tales casos resulta claro y evidente que los transmisarios serían herederos no designados por el testador y primer causante, ni delados en su herencia; *heredan a aquél por haber sido designados y delados por el transmitente* en su último testamento. O sea, los nombrados por un tercero, *¡¡toda vez que su delación no se extinguió (al menos «pendente conditione»)!!* .

Es decir, aquellos transmisarios que, sobreviviendo a ambos causantes (o sólo al último) acepten ambas herencias, *podrían muy bien ser calificados* como *¡¡herederos del primer causante, nombrados por quien hace las veces de comisario (transmitente) bajo condición («conditio iuris»)* de que aceptan su herencia (la del transmitente en funciones de comisario)!!!.

En resumen, por vía de *CONSECUENCIA*, se producirá el mismo resultado que el *art. 670 del C.c. prohíbe* expresamente (al considerarse el testamento un acto personalísimo de su autor). Si bien, en este caso *agravado* aún más por la circunstancia de que al «comisario» no lo nombra el testador, sino que le *vendría impuesto el cargo por Ley* (con, contra o sin su voluntad); *la misma Ley que lo prohíbe* (al menos en Derecho común).

Se estaría burlando el art. 670, y estaríamos ante algo muy próximo al fraude de Ley.

B) EN LA SUCESIÓN INTESTADA.—

Si bien aquí no se puede dar la figura del Comisario (a no ser que se pensara que la propia Ley hace de Comisario) y de llevar hasta sus últimas consecuencias la teoría del profesor Albaladejo (respecto a que se sucede al primer causante), tales consecuencias, sobre ser *ABSURDAS*, serían, además, *ANTI JURÍDICAS*.

Pues ciertamente, resultaría que, habiendo tenido lugar la apertura de la sucesión «abintestato» del primer causante (en favor de sus parientes), le pueden acabar heredando personas extrañas y distintas de sus parientes:

Es decir, los herederos testamentarios instituidos por el transmitente legal «abintestato» en su testamento; o, lo que es más grave *¡¡los herederos abintestato del transmitente!!* los cuales, habiendo sobrevivido a ambos y con capacidad para suceder a los dos (para ponerlo más fácil) acepten ambas herencias.

De manera que, *habiendo sido llamados por la Ley los herederos «abintestato» del primer causante* para que le sucedan (al corresponderles por estar incluidos dentro de la línea preferente y del grado más próximo) *puede que le acaben heredando herederos voluntarios o*

abintestato de éstos (del transmitente, heredero legal abintestato). Y que no se diga que esto es una consecuencia lógica de la operatividad del Derecho de Transmisión *PUES LA LEY NO PUEDE CONDUCIRNOS A CONSECUENCIAS ABSURDAS Y CONTRADICTORIAS CON LA «MENS LEGISLATORIS»*. En efecto, pensemos *además* que sean dos los transmitentes intestados, y que uno de ellos no pueda otorgar testamento (por razones de hecho o por falta de testamentifacción activa) y el otro sí puede y efectivamente lo otorgue; o, *poniendo más negras las cosas*, que el primero (el que no pudo), fallezca intestado, acreciendo su parte al que sí otorgó testamento.

Se podría producir aquí un *cambio tan brusco y abusivo en la trayectoria natural* de los bienes hereditarios, que *harían palidecer* las razones que esgrimiera ALONSO MARTÍNEZ para impedir estos casos, y que se plasmaría en el actual *artículo 811 del C. Civil*.

C).— Finalmente, y aunque por sabido no sea menos importante, se debe tener bien presente la penosa y *ABSURDA* situación en que se podría encontrar el *CÓNYUGE VIUDO del transmitente* (tanto en la sucesión intestada como en la testada, en donde es práctica habitual dejar al viudo el usufructo universal y vitalicio de la herencia), si es que se sigue la teoría del profesor Albaladejo.

En este sentido, estamos de acuerdo con E. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO («Comentarios al Código de Sucesiones» de Cataluña, pp. 102 y 103) quien, incluso, propone en estos casos una solución para el viudo similar a la establecida por el artículo 1.001 del C.c. respecto de los acreedores (y que tendría además apoyo jurisprudencial —Ron. 23 de julio de 1986— si se entiende que el cónyuge viudo, aunque no es técnicamente heredero, sin embargo sí que es LEGITIMARIO en la forma y manera determinada por la Ley); pues escribe:

«En efecto, si tenemos en cuenta que el *usufructo viudal* recae sobre el patrimonio del transmitente y que *la extensión de éste dependerá de que el transmisario acepte o no la herencia del causante*, resulta evidente el perjuicio que para aquélla se derivaría de su eventual repudiación. Ello puede ser especialmente grave en aquellos casos en los que la fortuna propia del transmitente sea muy inferior a la que recibiría del causante si fuese aceptada la herencia de éste. Por lo tanto, entiendo que el límite a la repudiación del transmisario se encuentra, una vez más, en el perjuicio que puede causar a terceros (art. 6.2 C.c.), en este caso al viudo o viuda del causante que, a tal efecto, debería poder disponer de una acción análoga a la prevista en el art. 23 para los acreedores del delado, de forma que sus efectos se circunscribiesen a sus propios intereses, sin afectar por tanto a los que la repudiación determina para aquél».

«Por otra parte, encontramos aquí un nuevo argumento que pone de relieve la doble sucesión que encierra el desarrollo completo del “ius transmissionis”, *pues si entendiésemos que los transmisarios suceden directamente al causante, y no al transmitente, se produciría el absur-*

do resultado de que el viudo o la viuda de éste no tendría derecho al usufructo de los bienes que, en la primera herencia, fueron ofrecidos a su difunto cónyuge ni aun cuando ésta fuese aceptada por los transmisarios».

TODO ESTO POR VÍA DE CONSECUENCIA, en relación, además, con el art. 6, 4 del C. civil (fraude de Ley).

PERO TAMBIÉN POR VÍA DE PRINCIPIOS, las cosas no pueden ser de otra manera.

En efecto, si como venimos repitiendo machaconamente (y a propósito) la delación del transmitente no se extingue con su muerte, sino que en fase de *PENDENTE CONDITIONE* (= «conditio iuris»; mientras no se acepte o renuncie) la titularidad del «delado» sigue localizada en él, resulta evidente que si tal transmitente, mientras aún vivía, instituye herederos testamentarios a los suyos (transmisarios) nos encontramos con que, una vez fallecido dicho transmitente, respecto a la herencia del primer causante (que porta el «ius delationis»), tal transmitente actuó como un verdadero comisario: su delación aún no se ha extinguido en esa fase de pendencia provisional (mientras no se acepte o renuncie por el transmisario); y, no obstante lo cual, ya dispuso el transmitente de su contenido patrimonial, y aún atribuyó titularidades; *titularidades de las que, ni él mismo, se puede desprender.*

Pues como el propio Albaladejo explica (p. 920, obra citada) el «*Ius delationis*» «*Entra en su esfera jurídica (la del delado o potencial transmitente) y deviene titular del mismo por el solo hecho de habersele deferido la herencia*».

Es, prosigue, una adquisición *originaria*, porque el primer causante era titular de las relaciones que componen su herencia (que las adquiere el delado derivativamente), pero no del poder de adquirirlas («*ius delationis*», que adquiere el delado originariamente).

Y tal adquisición lo es además —continúa— «*ipso iure*»: sin necesidad del concurso de la voluntad del delado (a diferencia igualmente de la herencia).

De manera que «se podrá repudiar (por su titular-delado) la herencia deferida, y entonces borrar retroactivamente la delación, pero *no se puede impedir ser titular del derecho a adquirir la herencia*».

A lo que nosotros añadimos: *ni siquiera el mismo transmitente puede impedir ser titular del «ius delationis», ni desprenderse de él voluntariamente (salvo que lo renuncie mientras vivía, claro está).*

Por consiguiente, si no lo renunció en vida, y mientras no se acepte o renuncie por el transmisario (o sea, «*pendente conditione*» = «*conditio iuris*»), permanece la *titularidad* del «*ius delationis*» localizada *provisionalmente* en el transmitente.

De lo que se sigue que, si la delación aún no se ha extinguido definitivamente, todo acto testamentario del transmitente (en vida de éste) y con relación a la herencia del primer causante, lo convierte en *auténtico*

tico comisario (¡a no ser, lógicamente, que dicho acto testamentario sea de tal naturaleza que, en realidad, implique aceptación tácita, vía art. 1.000, 1 C.c.; en cuyo caso ya no habría derecho de transmisión!).

En resumen, tanto por vía de consecuencia, como por vía de principios sucesorios, el art. 670 del Código Civil impide que el transmisor sea heredero directo y recta vía del primer causante.

X.— LA TEORÍA AQUÍ DEFENDIDA SE COMPATIBILIZA MEJOR CON EL CRITERIO ROMANISTA QUE SIGUE NUESTRO DERECHO

Una vez expuesta nuestra teoría, se podría argumentar en contra que esto sería posible en Derecho Romano, en donde se seguía el principio de que la herencia no podrá adquirirla nada más que aquél a quien había sido deferida, lo cual respondía al carácter personalísimo o primordialmente personalista que tenía el título o condición de heredero (Serafini).

En efecto, como afirma BOFANTE —dice ROCA—, en Derecho Romano la herencia no atribuye inmediatamente el derecho al patrimonio relicto, sino el derecho a una cualidad personal, como es el título de heredero.

De manera, se diría, que salvo que retrocedamos cerca de 2.000 años, nuestra opinión de que la cualidad de delado es personalísima e intransmisible, no se puede mantener.

Máxime cuando es precisamente la «patrimonialización» del *Ius delationis* lo que ha permitido la transmisión *mortis-causa* de este derecho, que ya conoció algunas excepciones en Roma, y que se ha consagrado definitivamente por todas las legislaciones modernas.

SIN EMBARGO esto no es así.

A) En cuanto a la opinión de los autores que sostienen que la delación misma es el objeto del Derecho de Transmisión, tiene su explicación sin menoscabar nuestra teoría. Así, se podría argumentar con CICU (al que cita A. García-Bernardo Landeta, obra citada) que la *VO-CACIÓN* tiene un aspecto subjetivo que es la *DESIGNACIÓN* (la cual adquiere virtualidad con la apertura de la sucesión) y otro objetivo que es la *DELACIÓN*, o sea, el efecto inmediato de la vocación que implica la facultad de aceptar la herencia o repudiarla.

En este sentido, Luis Roca-Sastre Muncunil (Derecho de Sucesiones IV, p. 335) escribe: «...los herederos del llamado no son, además de aquél, sujetos de la vocación que origina la apertura de la primera herencia, sino que el único sujeto de tal vocación es el llamado a dicha herencia (en nuestro caso el transmitente) que, al no poder ejercer la opción de adquirir o no la misma, ésta se transfiere a sus herederos (los transmisarios), *no la vocación, sino sólo el efecto de la delación, o sea, la facultad de aceptarla o renunciarla. La vocación en sí es intransmi-*

*sible, mas no su aspecto objetivo o económico o efecto inmediato de la vocación, la delación, que actualmente es considerada como patrimonial y transmisible». Se trata pues, en este caso, de una simple cuestión terminológica: la delación (transmisible) como el aspecto objetivo de la vocación (intransmisible), o mejor aún: existe en la vocación hereditaria un aspecto subjetivo, la **DESIGNACIÓN** (hecha por la Ley o por el testador) que es intransmisible; y un aspecto objetivo, o facultad de aceptar o renunciar la herencia, la **DELACIÓN**, que es transmisible *mortis-causa*.*

B) Para quienes *separamos LA VOCACIÓN de la DELACIÓN* (a efectos conceptuales, pues al fin y al cabo nos encontramos con unas mismas consecuencias), entendemos que *una cosa es que* la facultad de aceptar o repudiar (que implica el «ius delationis») no ha de ser ejercitada o actuada necesariamente por el titular (como ocurría en Derecho Romano), sino que es posible verificarla por persona distinta (por un representante legal o voluntario o por el transmisario); y *otra cosa bien distinta*, ¡¡habida cuenta del nexo causal entre designación-delación!!, es que la condición o cualidad de delado también se transmita. Pues, como ya quedó dicho, *lo contrario supondría cambiar la designación previa, vía transmisión del «ius delationis»*; de manera que no se puede ofrecer a cualquiera una delación, desvinculada de su causa u origen: sólo al designado o nombrado por la Ley o por el causante.

Por lo tanto, cualquier cambio en la persona del designado por el testador (o nombrado de forma intestada) supondría, en puridad, una extinción de la delación originaria y primitiva, quedando reemplazada por otra nueva y originaria que operaría en la persona del transmisario; con lo que nada se transmitiría de ser así.

La causa, pues, determina la trayectoria de la delación y sus efectos; y no se puede cambiar.

De manera que cuando decimos que la cualidad de «delado» es personalísima, no nos referimos a que pueda *ejercitar* o actuar el «Ius delationis» solamente el llamado, sino a que de la *cualidad* de delado, lo mismo que de la cualidad de heredero, nadie se puede libremente desprender ni nadie las puede menoscabar, porque **LAS TITULARIDADES HEREDITARIAS SON PERSONALÍSIMAS**. (Nos remitimos a lo dicho en el epígrafe VI al hablar de la posición del transmitente delado).

Que el «ius delationis» sea transmisible porque se haya patrimonializado su contenido nada obstaculiza la anterior afirmación.

Efectivamente, el «ius delationis» englobado «entre los bienes, derechos y acciones» *que integran la HERENCIA del transmitente (como dice la Resolución D.G.R.N. de 23 de junio de 1986)*, se transmite al transmisario, con todo su contenido económico (= aceptar o renunciar); y precisamente hay transmisión porque *el ejercicio* de ese contenido no se verifica por el titular del «Ius delationis». Pues justamente

es el ejercicio de tal «ius delationis» lo que se transmite al transmisario (que no su titularidad).

Pero esa *transmisión se permite* por el art. 1.006 con **CARÁCTER INSTRUMENTAL y FUNCIONAL**: Es decir, no es una verdadera y propia transmisión o sucesión de derechos, que presupone el cambio del sujeto en el mismo objeto de la relación jurídica; sino que simplemente se instrumenta para posibilitar que «pendente conditione» (*conditio iuris*), la titularidad que aún se localiza en la persona del transmitente no se extinga ni se consolide mientras que el transmisario, a quien se ha transmitido el contenido del «ius delationis», no ejercite tal contenido, aceptando o renunciando, con la oportuna retroacción de efectos.

Lo que se trata de evitar, por considerarlo la Ley poco equitativo, es que aquél que «tocó con sus dedos el cielo»: que estuvo a punto de ser heredero y le faltó «abrir la boca» para decir sí o no, no pueda transmitir nada a sus herederos, a sus destinatarios natos y naturales.

El sistema no ha quebrado; sólo provisionalmente ha quedado suspendido un principio sucesorio (la extinción de las titularidades sucesorias por muerte de quien las ostenta), y todo queda restablecido y firme en fase de EXISTENTE O DEFICIENTE *CONDITIO*.

Lo que sí supone una quiebra considerable al sistema es pensar, como Albaladejo, que pueda haber dos titularidades sucesivas en el «ius transmissionis».

Está bien que se suceda por testamento o por Ley, o en parte por testamento y en parte por Ley. Pero que se suceda por derecho de transmisión ¿qué clase de sucesión es esa que dirige el llamamiento a quien no se dirigía y hace heredero a quien no se llamó?

¿Cuántas clases de sucesiones podría haber?

Lo que cambiará será el sujeto que puede *ejercitar* el «ius delationis» (por habersele transmitido precisamente eso: el ejercicio) pero no el titular de la delación. No hay dos titularidades sucesivas.

EN RESUMEN, los autores que piensan que por el Derecho de Transmisión el transmisario sucede al transmitente no acaban de explicar esta teoría porque parten del supuesto (equivocado a nuestro entender) de que la titularidad del transmitente se extingue con su muerte y pasa al transmisario, lo cual unido a los efectos retroactivos de la aceptación, les conduce a un callejón sin salida.

La ocurrencia de Albaladejo fue decir que el transmisario sucedía al transmitente en el «ius delationis» y sucedía al primer causante en la herencia de éste. Pero «sucesor directo, recta vía y no a través del transmitente».

Sin embargo ¿cómo va a ser el transmisario heredero recta vía del primer causante si recibe el «ius delationis» englobado en la herencia misma del transmitente y *todas las transmisiones de derechos tienen carácter derivativo y no originario?*

En efecto, como más arriba se dijo, siguiendo al propio Albaladejo, es el *transmitente* el que adquiere la herencia del primer causante derivativamente, y el «*Ius delationis*» originariamente: porque el derecho a aceptar o renunciar no se encuentra en la herencia de éste.

Pero en el presente caso, tal «*Ius delationis*», fallecido el transmitente, ya forma parte de la *herencia* del mismo; y sólo se puede transmitir al transmisario, como el resto de sus bienes, derechos y acciones que integran su herencia, de manera derivativa y el transmisario lo adquirirá como heredero del transmitente, por tal circunstancia.

Por lo que si el «*ius delationis*» lo adquiere el transmisario DERIVATIVAMENTE del transmitente (como el propio Albaladejo afirma), no cabe hablar de adquirir recta vía *la herencia* del primer causante. Es una *contradicción*, que encuentre *su apoyo* en que la titularidad de delado en el transmitente se extingue a su fallecimiento y, entonces se produce una titularidad sucesiva en el «*Ius*». (¡¡aunque persistiendo la misma y única vocación del transmitente!!).

EN EFECTO:

Es cierto que ha fallecido el transmitente-delado, y es cierto que las titularidades hereditarias se extinguen con la muerte de quien las ostenta.

¡¡*PERO que esto no sea así*, es justamente lo que *excepciona el art. 1.006 C. Civil!!* Un precepto que articula una transmisión instrumentada para impedir la actuación del derecho de acrecer o la *apertura* de sucesión intestada.

SIN EMBARGO es una suspensión que tiene un carácter *temporal y provisional*, referida a la fase «*pendente conditione*» (*conditio iuris*), durante la cual los efectos de la delación originaria quedan en una especie de suspensión jurídica, y la cualidad de «delado» de su titular localizada provisionalmente en el transmitente.

Finalmente esa situación termina, *consolidándose o extinguiéndose definitivamente* la titularidad (¡¡¡y *sin que existan titularidades excesivas*¡¡¡) y el contenido consustancial de la misma, en fase de «*existente o deficiente conditione*» (*conditio iuris*).

De manera que, en realidad, lo que hay es que, cuando el transmisario acepta o renuncia, se presupone que el transmitente adquirió o no, respectivamente, la condición de heredero y la herencia del primer causante en el último instante de su vida terrenal, en virtud de la eficacia retroactiva de la «*conditio iuris*» cumplida o incumplida (se acepta o renuncia), lo que desencadena y hace actuar, a su vez, el juego retroactivo del artículo 989 del Código Civil.

Así, *el criterio romanista* que sigue nuestro derecho respecto de la adquisición de la herencia, se *mantiene intacto y se cohonesta y compatibiliza con la transmisibilidad mortis-causa del «ius delationis»*.

Pues, en efecto, *de sostener una transmisión DEFINITIVA Y PARA SIEMPRE* de la propia titularidad del «ius delationis» (en favor del transmisario con carácter sucesivo), *se vulnerarían dos principios sucesorios*:

1.º El que impone la intransmisibilidad de las titularidades sucesorias, habida cuenta su carácter personalísimo; y

2.º Y el que establece su extinción por fallecimiento de su titular, que, a su vez, se basa y es consecuencia del anterior, esto es, del carácter personalísimo e intransmisible de las susodichas titularidades.

Mientras que con arreglo a nuestra postura, NO hay quiebra, vulneración, ni tan siquiera excepción de principios generales de derecho sucesorio. Simplemente existe y hay, en fase de «pendente conditione» (= *conditio iuris*), una mera y simple *SUSPENSIÓN TEMPORAL* de los mismos, consustancial con la misma transmisión instrumental que el art. 1.006 del C. Civil articula.

Quizás por ello, *no sea muy apropiado el hablar de sucesión «Iure Transmissionis»* (por más que se trate de un concepto acunado por la doctrina), pues, en puridad, **NO SE PUEDE SUCEDER POR DERECHO DE TRANSMISIÓN**, ya que no se trata de otra cosa que de una transmisión operada con *finis INSTRUMENTALES* *posibilitando el ejercicio o actuación del contenido de una vocación, o delación, por quien no es su titular (transmisario), sino que pertenece a otro (transmitente).*

XI.— EPÍLOGO

Hasta aquí, nuestra teoría.

Y, llegados a este punto, no se nos oculta el abanico de problemas que sigue planteando el Derecho de Transmisión.

No se atiende, sin embargo, en este trabajo a tales problemas, pues no se quiere distraer la atención con otras consideraciones menores, pero sobre todo, porque las consecuencias prácticas de seguirse una u otra teoría (el transmisario es heredero recta vía del primer causante ó, por el contrario, es heredero del transmitente) ya han quedado básicamente respondidas (o se deducen de lo expuesto).

En efecto, las *DIFERENCIAS Y GRAVES CONSECUENCIAS PRÁCTICAS* de seguirse una u otra de tales teorías, se pueden reducir a las siguientes:

1.º.— La relativa a *la capacidad* requerida por el transmisario para ejercitar el «ius delationis», relativo a la herencia del primer causante (cuestión que ya quedó contestada);

2.º.— Lo concerniente a *la retroacción* de efectos que provoca la aceptación del transmisario, al ejercitar positiva y afirmativamente dicho «ius delationis» que se le transmite instrumentalmente (que también quedó examinado);

3.º).— La posición jurídica del *cónyuge viudo* del transmitente respecto al usufructo de los bienes que, en la primera herencia, fueron ofrecidos a su difunto cónyuge, cuando aquélla fuese aceptada por los transmisarios, y, por consiguiente, la necesidad o no de su intervención en las operaciones particionales de dicha herencia (que igualmente se comentó en sentido afirmativo);

4.º).— La necesidad o no de que el transmisario colacione *las donaciones* recibidas del primer causante, o sólo lo donado por éste al transmitente (como nos inclinamos a creer, siguiendo a ROCA (Obra citada, p. 300), LACRUZ (*Derecho de Sucesiones*, Parte general, p. 170), GITRAMA (*Comentarios...* Edersa XVI, 1.º p. 288), ... y de acuerdo con nuestra teoría; En contra, ALBALADEJO (obra citada, p. 956, nota 102), JORDANO FRAGA (obra citada, pp. 331 y 332), VALDEOLMILLOS (obra citada, p. 489) y PUIG BRÚTAU. Por todos, Albaladejo escribe: «Nosotros creemos que el transmisario en cuanto sucede al transmitente —en su herencia y, dentro de ella, en el “*ius delationis*”— debe colacionar en la sucesión de éste las donaciones de él recibidas, y, en cuanto sucede al primer causante —en la herencia de este primer causante— debe colacionar en la sucesión de éste, las donaciones que de él recibiera».

«y 5.º).— El distinto tratamiento FISCAL, más gravoso conforme a nuestra opinión».

Pues bien, fuera de todo lo anterior, *en el resto de las cuestiones* que se pueden plantear con cierta relevancia práctica y doctrinal, *es indiferente* que se siga una u otra teoría: *unas veces*, porque por vía de consecuencia se llega a las mismas conclusiones; y *otras veces*, porque el problema nada tiene que ver con dilucidar a quién se hereda.

A).— Ejemplo de lo primero (entre otros, pero quizás este sea el más importante) es el problema de si, respecto a *los legitimarios*, el importe de la primera herencia debe adicionarse al de la segunda; cuestión que hay que responder afirmativamente, cualquiera teoría que se siga. En este sentido se pronuncia la Resolución de la D.G.R.N. de 23 de junio de 1986 de manera rotunda (considerandos 4.º y sgtes.), al estimar que el «*ius delationis*» es evaluable económicamente y, en consecuencia, computable a efectos contables para fijar el importe de las legítimas debidas, concluyendo su considerando 7.º que, en general,: «los legitimarios podrían (como titulares de un crédito, su propio derecho legítimo) —que lo es frente a la herencia aceptada por el transmisario y frente al transmisario mismo—, ejercitar el derecho que a los acreedores, en general, confiere el artículo 1.001 del Código Civil, cuando el llamado repudia una herencia en perjuicio de sus propios acreedores» (dicha Resolución se refería a un supuesto relativo a la legislación Catalana). También la mayoría de los autores están de acuerdo con esto, incluido ALBALADEJO (Obra citada, pp. 917 y ss.).

Si bien, no faltan autores que, rechazando la teoría de que el transmitente es el verdadero heredero del primer causante, opinan lo

contrario de lo expuesto. Tal es el caso de JORDANO FRAGA (Obra citada, pp. 338 y ss.) y VALDEOLMILLOS (Obra citada, p. 489), sobre la base de entender que el «ius delationis» no debe evaluarse económicamente, ni siquiera a efectos contables, al ser personalísimo y extrapatrimonial; de manera que las masas hereditarias deben mantenerse separadas, de suerte que los legitimarios del transmitente no tendrán derecho alguno a la herencia del primer causante, y viceversa.

B).— Como cuestiones que poco o nada tienen que ver con dilucidar a quién se hereda, cabe citar: —la naturaleza, fundamento y plazo de prescripción del derecho concedido a los acreedores del transmitente por el artículo 1 001 del C.c.; —el supuesto de que sean *varios los transmisarios* y la libertad de cada uno para aceptar o repudiar la herencia del primer causante y, en el primer caso, de hacerlo pura y simplemente o a beneficio de inventario; —la necesidad de que *el transmisario sea un verdadero heredero* y no un simple legatario (lo cual ya se comentó en lo fundamental); —el problema de *si el causante puede excluir el derecho de transmisión*, siendo una manifestación tácita de ello el establecimiento de una sustitución vulgar, ¡sin determinación de casos!, para el supuesto de que el llamado a ser heredero fallezca sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante; —si, en algún supuesto, el artículo 1.006 C.c. podría ser aplicable a *los legados*; —en fin (para que esto no parezca una letanía), la distinta operatividad y funcionamiento del *derecho de transmisión en relación con otras figuras jurídicas*, como la sustitución fideicomisaria, el derecho de acrecer o el derecho de representación; etc.

Bien se entiende que el examen y comentario pormenorizado de los distintos supuestos enunciados nos llevaría a una larguísima y causística argumentación, más propia de un verdadero «tratado» sobre el derecho de transmisión que de un simple artículo sobre el particular (que es lo que aquí se pretende).

En todo caso no queremos concluir sin hacer *un breve comentario* a las *diferencias entre Derecho de Transmisión y Derecho de Representación*, que acaben de perfilar lo que se ha dicho.

Se comenta *sólo una idea* (por ser esencial), pues en general (matices o precisiones aparte), se aceptan los criterios diferenciadores que ROCA SASTRE precisó en su obra citada (pp. 298-300), *excepto* lo relativo a la capacidad sucesoria.

Por su parte ALBALADEJO, defiende su punto de vista en su mencionado trabajo con argumentos bien distintos (pp. 959-961).

(No se considera necesario extraer las posiciones de ROCA y ALBALADEJO en este asunto tangencial).

Conviene, empero, que nos detengamos en la siguiente afirmación de Albaladejo. Según él y en congruencia con su teoría, el Derecho de Transmisión se diferencia del Derecho de Representación en que, si bien en ambos hay una sola delación, «En la sucesión “iure repraesent-

tationis” tal delación atribuye un “ius delationis” directo y originariamente al denominado representante».

En la sucesión «Iure Transmissionis» tal delación atribuye el «ius delationis» al transmitente y, luego, de éste derivativamente, la adquiere el transmisario» (hasta aquí, de acuerdo con el matiz que después se dirá). *Pero añade*: «Por ello, en la sucesión “iure repraesentationis” hay un solo titular del “ius delationis”, **MIENTRAS QUE EN LA SUCESIÓN IURE TRANSMISSIONIS HAY DOS TITULARIDADES SUCESSIVAS**». (La bastardilla en mayúsculas es nuestra).

Nosotros, también congruentes con nuestra teoría, opinamos que *esto último NO puede ser así*.

Pues ¿cómo va a ser igual que el llamado, preferente y excluyente, premuera al primer causante (=D. de representación) o que le sobreviva (=D. de Transmisión)?

En el *Derecho de Representación, al premorir el llamado, la herencia ya NO ESTÁ DEFERIDA A FAVOR del representado*, y se explica el efecto del artículo 929 (se puede aceptar la herencia del representado y aceptar la del primer causante). La stirpe no sucede al padre que premurió al causante, sino a éste directamente; hay una delación, originaria y *ex lege*, en favor del representante o stirpe; delación que la Ley permite, causando excepción el principio de que el grado más próximo excluye al más remoto.

Es lo que se ha convenido en llamar una vocación con delación sucesiva.

El representante tiene, pues, una delación directa y originaria y una titularidad originaria y directa.

En el «ius transmissionis», el delado *sobrevive* al primer causante, bien que no acepte ni repudie su herencia. *Pero su delación* originaria, única, directa y excluyente, *hace que la «titularidad» del derecho resida en él* y no hay ni puede haber dos titularidades sucesivas, pues de lo contrario, nos encontraríamos ante dos delaciones distintas (ya se explicó antes).

Como muy bien aclara la *sentencia de 18-XII-1908* (y con doctrina coincidente la Resolución de fecha 22-12-1949) «el que ejercita el Derecho de representación ejercita un derecho propio» (o sea, un derecho cuya titularidad ostenta el que lo ejercita) pero el que ejercita el derecho de transmisión, «ejercita un derecho, el “ius delationis”, que ya fue adquirido por el fallecido y se halla situado en su patrimonio relictos». O sea, si se halla en su patrimonio, el «ius delationis», es porque se es su titular, y esa titularidad no se extingue al fallecer el titular «en fase de *PENDENTE CONDITIO*» (*conditio iuris*, mientras no se acepte o renuncie), sino que queda provisionalmente «congelada» o localizada en su persona, pasando al transmisario simplemente el *EJERCICIO DE ESE DERECHO*, cuya titularidad corresponde a otro; ejercicio u opción que provocará la consolidación definitiva o la extinción de la repetida titularidad.

Que ese ejercicio del «ius delationis» se transmita y pase al transmisor, fallecido el transmitente, es lo que posibilita el art. 1.006 durante esa fase de pendencia. Y todo ello conforme a lo que ya se dejó razonado anteriormente.

Por lo demás, reseñar que tampoco se comentan sentencias del Tribunal Supremo ni Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, bien porque no establecen un criterio definitivo, bien porque con sus fallos se puede seguir una u otra posición sobre el particular.

No obstante se citan como más relevantes las siguientes:

Sentencias: 10-12-1897; 18-12-1908; 08-05-1963 y Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 27-11-1956.

Resoluciones: 29-10-1910; 22-12-1949; y sobre todo, las de 20 de septiembre de 1967 y 23 de junio de 1986.

(Para una completa reseña jurisprudencial, con sus comentarios en el lugar oportuno —y no compartidos generalmente por nosotros— véase JORDANO FRAGA; Obra citada; (última página).

Con todo, autores más autorizados que nosotros se encargarán de darnos o quitarnos la razón.

Baracaldo-Cartagena
12 de octubre de 1995

«NOTA.— Con posterioridad a la remisión de este trabajo para su publicación, ha aparecido un libro de José María GARCÍA GARCÍA que contiene un completo estudio sobre la materia («La Sucesión por Derecho de Transmisión», Ed. Civitas, Madrid, 1996, 492 páginas).

Pues bien, una vez leída detenidamente dicha obra (única que nos faltaba por consultar entre los autores patrios), sin embargo, nosotros INSISTIMOS y reiteramos las opiniones que se recogen en el presente artículo.

(Los autores)»

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. PERSONAS MAYORES. Se regula su participación y la solidaridad entre generaciones en Canarias.

Ley del Parlamento de Canarias 3/1996, de 11 de julio («B.O.E.» del 5 de agosto).

La norma presentada contiene una serie de disposiciones de diverso alcance, cuyo denominador común es la articulación de un sistema de participación social y de protección de los derechos de los mayores residentes en Canarias a través de la creación del Consejo Canario de los Mayores, órgano colegiado con representación de las distintas Administraciones Públicas, asociaciones y federaciones de personas mayores existentes en la Comunidad Autónoma.

La mayor parte del articulado de la ley reviste un acusado carácter programático, componiendo un armonioso conjunto de maravillosas intenciones cuya eficacia práctica dependerá de la actuación de los organismos públicos llamados a ejecutar esas directrices. Para demostrar nuestra afirmación basta con citar alguno de los objetivos

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el Boletín Oficial del Estado durante el tercer trimestre de 1996.

mencionados en el artículo 1 de la norma presentada: sensibilización de la sociedad canaria respecto de la situación de los mayores, promoción de la solidaridad entre generaciones, impulso del desarrollo integral de los mayores, garantía de su plena protección jurídica, promoción de la función social de esas personas, y eliminación de las barreras físicas, administrativas y sociales que dificulten el ejercicio de sus derechos constitucionales.

Sin embargo, los preceptos contenidos en el Título II de la ley tienen un mayor carácter normativo, toda vez que junto a la mera previsión de programas orientados a facilitar la permanencia en su domicilio habitual de las personas mayores, se establecen las condiciones básicas que han de cumplir los centros de alojamiento y estancia de mayores, tanto públicos como privados. Aunque el desarrollo de las condiciones y requisitos de estos centros se remite a la potestad reglamentaria del Gobierno canario, la ley establece que han de estar ubicados lo más cerca posible de las zonas de mayor actividad socio-comunitaria y bien comunicados con los Servicios de Salud, que han de disponer de un reglamento de régimen interior aprobado por el órgano autonómico competente en materia de Asuntos Sociales, y que su apertura y funcionamiento estará sujeto a autorización de ese mismo órgano de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine.

También se señalan las circunstancias a considerar para determinar la prioridad en el acceso a los centros de alojamiento y de estancia públicos o privados, previéndose que la fijación de los precios se establecerá de acuerdo con el Decreto Legislativo 1/1994, de 29 de julio, regulador de las tasas y precios públicos de la Comunidad canaria, y el derecho de quienes carezcan de recursos a la exención total o parcial del pago.

En relación con la exención total o parcial del pago del precio, resulta elogiable el intento llevado a cabo por la ley para evitar que la sociedad corra con los gastos de mantenimiento y asistencia de un anciano que se encuentra en estado de abandono en exclusivo beneficio de sus legitimarios, dado que en su artículo 24 se prevé que los usuarios que no tengan rentas líquidas para abonar el coste de su plaza, pero sean titulares de bienes o derechos de cualquier clase, vendrán obligados a constituir las garantías adecuadas para el pago del total o de la parte del coste del servicio prestado a la que alcancen sus bienes; el problema es que en la mayoría de los casos el único bien del anciano es su vivienda y que resulta muy difícil articular la previsión de la ley con el principio de especialidad vigente en derecho hipotecario, toda vez que el importe total a que ascenderá la deuda y el plazo de duración de la hipoteca son por definición indeterminados y que no parece posible aplicar a este supuesto el remedio de la hipoteca de máximo.

También es particularmente interesante el Título III de la norma presentada, en tanto prevé la creación de la Comisión Tutelar del Mayor Incapacitado como órgano adscrito a la Consejería competente en materia de Asuntos Sociales para el ejercicio de las competencias que pudieran corresponder a dicha Consejería cuando por sentencia le sea asignada la tutela legal de mayores incapacitados. La composición y funcionamiento de dicho órgano se encomienda al desarrollo reglamentario de la ley.

La ley contiene además una serie de preceptos destinados a regular la inspección y control de los establecimientos y centros para las personas mayores (incluyéndose la facultad del personal de inspección para acceder en cualquier momento y sin previa

notificación a dichos establecimientos), y su articulado se cierra con una tipificación de las conductas consideradas como infracciones y de las sanciones aplicables a las mismas.

2. Derecho de Obligaciones

2. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Se procede a la regulación del Registro y el Depósito de Fianzas de los Contratos de Alquiler de Fincas Urbanas y a la modificación de la Ley 24/1991 de la Vivienda en Cataluña.

Ley del Parlamento de Cataluña 13/1996, de 29 de julio («B.O.E.» del 23 de agosto).

Aprovechando la previsión contenida en la Disposición adicional tercera de la Ley estatal 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, que faculta a las Comunidades Autónomas para imponer que el depósito de la fianza se verifique a disposición de la Administración autonómica o del ente público que se designe, y con la finalidad de facilitar a las administraciones públicas la correspondiente información acerca de la situación del parque de viviendas en alquiler, el Parlamento de Cataluña ha procedido a la creación de un registro administrativo de los contratos de alquiler de fincas urbanas.

La inscripción de los contratos, obligatoria para el arrendatario y que puede solicitar el arrendador, se produce de oficio al efectuarse el preceptivo depósito de la fianza, debiendo incluir los datos correspondientes a la situación de la finca, su titularidad, si dispone de cédula de habitabilidad, el uso al que se destina, la identificación de los contratantes, el plazo inicial de duración del contrato, la renta pactada y la fecha de formalización y depósito de la fianza. Obviamente la inscripción tampoco se configura como requisito determinante de la validez del contrato; la falta de inscripción se producirá como consecuencia lógica de no haber sido depositada la fianza, y por lo tanto dará lugar a la imposición de la multa y al devengo de los intereses establecidos en el artículo 9 de la ley.

El registro no es público. Muy al contrario, la ley impone a la Administración el deber de garantizar la confidencialidad de los datos personales y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de los inscritos en el registro, sometiendo el acceso a sus datos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al Tomo XLVI, fascículo I, disposición n.º 1) y remitiendo al desarrollo reglamentario la regulación del órgano responsable del registro y las unidades ante las que se podrán ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

El depósito de las fianzas habrá de verificarse en el Instituto Nacional del Suelo en el plazo de dos meses a contar desde la formalización del contrato. Tratándose de arrendamiento por temporada, se establece que la cuantía de la fianza sea proporcional a la duración del contrato, estimándose que las dos mensualidades referidas en el artículo 36.1 de la Ley estatal corresponden al contrato de un año de duración. Ade-

más se impone al arrendador el deber de entregar al arrendatario una copia de la documentación justificativa del cumplimiento de la obligación de prestar fianza o de su actualización en el plazo de dos meses.

Otros aspectos relevantes de la ley son la inclusión entre las fianzas sometidas a depósito sin interés de aquellas que las empresas de suministros y servicios exigen a los abonados para la formalización de contratos que afectan a fincas urbanas, la posibilidad de que el Instituto Catalán del Suelo utilice la vía ejecutiva para el ingreso de las fianzas no depositadas y de las sanciones que deriven de las mismas, y el establecimiento de un régimen sancionador que incluye la tipificación de las conductas sancionables y la graduación de las multas aplicables a los infractores.

3. *Derechos Reales*

3. CAZA. Se procede a su regulación en Castilla y León.

Ley de las Cortes de Castilla y León 4/1996, de 12 de julio («B.O.E.» del 30 de agosto).

En ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 26.1.10 de su Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma de Castilla y León ha promulgado la presente ley que, comenzando por la exposición de los principios generales que orientan el régimen jurídico aplicable a la actividad cinegética, se extiende a la regulación pormenorizada de las especies y piezas de caza, los requisitos necesarios para el ejercicio de dicha actividad, los terrenos cinegéticos, los medios y modalidades de caza, la planificación y ordenación cinegéticas, la protección, fomento, explotación y comercialización de la caza, los órganos administrativos competentes en la materia, y el régimen sancionador aplicable a las conductas tipificadas como infracciones.

En relación con el Derecho privado son especialmente relevantes los siguientes aspectos de la norma presentada:

— En el artículo 10 de la ley se contempla la adquisición por ocupación de la propiedad de las piezas de caza. En este sentido, se establece que dichas piezas se entenderán ocupadas desde el momento de su muerte o captura; en caso de duda acerca de la propiedad la resolución del conflicto se remite a lo dispuesto por los usos y costumbres del lugar, y, en su defecto, la ley atribuye el derecho de propiedad al cazador que hubiera dado muerte a la pieza, si se trata de caza menor, al autor de la primera sangre, tratándose de caza mayor, o, tratándose de piezas voladoras, a quien las abatíó. También se contempla el tradicional derecho a entrar en la propiedad ajena para cobrar la pieza herida.

— En relación con la responsabilidad civil extracontractual, son particularmente interesantes los artículos 12 y 17 de la norma, que se refieren respectivamente a los daños producidos por las piezas de caza y por los cazadores, y los artículos 80 y 81 de la misma, que abordan las cuestiones relativas a las indemnizaciones por daños ocasionados a las especies cinegéticas remitiendo la valoración de las piezas de caza al baremo que reglamentariamente se establezca. La ordenación sustantiva contenida en dichos preceptos es la tradicional: el cazador responde de los daños derivados del ejer-

cicio de la caza, salvo que el hecho sea debido a culpa del perjudicado (entendemos que la ley ha querido decir culpa exclusiva del perjudicado, pues en otro caso la concurrencia de culpas sólo reduciría el alcance de la indemnización), y en caso de daño causado por miembro indeterminado de un grupo (partida de caza), todos los integrantes responden solidariamente.

— Por su incidencia en el derecho de propiedad, es preciso señalar que la solicitud para constituir un coto de caza puede realizarla cualquier persona que acredite el derecho al disfrute cinegético en al menos el 75% de la superficie a acotar, bien como propietario o como titular de otros derechos reales o personales que conlleven el uso y disfrute de dicho aprovechamiento. De acuerdo con el artículo 21.4 de la ley, se considerarán incluidos en el coto los predios enclavados en él cuyos propietarios o titulares de derechos cinegéticos no se manifiesten expresamente en contrario, siempre que hayan sido debidamente notificados; sin embargo estos propietarios tendrán derecho, previa solicitud, a la segregación de dichos terrenos del coto de caza, pasando a tener la consideración de terrenos vedados.

— En cuanto al ejercicio de determinadas actividades comerciales y empresariales, son interesantes los preceptos integrados en el Título VIII de la ley, que se refieren a los requisitos administrativos y sanitarios que han de cumplir las granjas cinegéticas, los cotos industriales de caza, la actividad de caza intensiva, el establecimiento de palomares industriales, la taxidermia y la comercialización y traslado de la caza; en relación con esta última materia, la norma presentada establece que sólo podrán ser objeto de comercio las especies incluidas en la orden anual de caza (artículo 58), al tiempo que prohíbe el transporte y comercialización de piezas muertas durante el período de veda, salvo autorización administrativa expresa y con las excepciones que expresamente se establecen en la ley (artículo 59).

Por último, los artículos 83 y 84 contienen la normativa aplicable al comiso de la caza, armas, instrumentos o animales que se produzca como consecuencia de la infracción de los preceptos de la ley, mientras que el artículo 85 crea el Registro Regional de Infractores, en el cual habrán de inscribirse de oficio todas las personas que hayan sido sancionadas por resolución firme en expediente incoado como consecuencia del ejercicio de la actividad cinegética.

4. Derecho de Familia

4. ALIMENTOS ENTRE PARIENTES. Se procede a su regulación en Cataluña.

Ley del Parlamento de Cataluña 10/1996, de 29 de julio («B.O.E.» del 23 de agosto).

A) Exposición.

Pese a que la lectura de su preámbulo pudiera hacer pensar otra cosa, la regulación establecida por la ley catalana se limita, a grandes rasgos, a reproducir el contenido de los artículos 142 a 153 del Código Civil, sin más alteraciones que las relativas al orden

de algunos preceptos, o de algunos párrafos dentro de un mismo precepto, y a la sustitución de determinadas expresiones por otras de igual significado.

Las diferencias más destacables entre el contenido del Código Civil y la ley catalana son las siguientes:

— Los servicios funerarios del alimentista se incluyen expresamente como contenido de la prestación alimentaria (artículo 1). Sin embargo parece que estos servicios habrán de abonarse durante la vida del alimentista, puesto que la obligación de prestar alimentos cesa por su muerte (artículo 12.a); en la práctica, lo normal será que el alimentante satisfaga este concepto mediante la contratación de un seguro que cubra dichos gastos.

— La extensión de los alimentos que han de prestarse los hermanos se limita a los necesarios para la vida, pero ese límite opera sólo en el supuesto de que el alimentista sea mayor de edad y no discapacitado (artículo 2.3).

— Se limita expresamente el derecho a reclamar alimentos a la persona que los necesita o, en su caso, a su representante legal (artículo 3).

— Los alimentos habrán de abonarse por el alimentante desde la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial debidamente probada (artículo 4).

— En relación con el orden a seguir para la reclamación de alimentos, todos los hermanos se sitúan en la misma posición, sin hacerse diferencia alguna en atención a su carácter meramente uterino o consanguíneo (artículo 5.1).

— Se establece expresamente la posibilidad de dirigir la reclamación contra los obligados sucesivos si el obligado en primer lugar carece de recursos para prestar los alimentos en la medida que corresponda (artículo 5.2).

— La ley catalana permite que las partes, de mutuo acuerdo, o el Juez, establezcan las bases para la actualización anual de la pensión alimenticia, de conformidad con el índice de precios al consumo o similar (artículo 8.1).

— La facultad de que el alimentante opte por satisfacer los alimentos acogiendo y manteniendo en su casa al alimentista se limita cuando exista imposibilidad legal o la convivencia sea inviable (artículo 9.2).

— Se contempla el derecho de cualquier persona que preste alimentos cuando la persona obligada no lo haya hecho, de repetir contra dicha persona o sus herederos las pensiones correspondientes al año en curso y al anterior, con los intereses legales, subrogándose en los derechos del alimentista contra la persona obligada a prestarlos, salvo que conste que se hicieron desinteresadamente y sin ánimo de reclamarlos (artículo 10.1).

— Por último, la privación de la potestad sobre la persona obligada, cuando el alimentista es el padre o la madre, se contempla como causa extintiva de la obligación de prestar alimentos (artículo 12.e).

B) Comentario.

En relación con los Alimentos entre parientes, la Compilación de Derecho foral de Cataluña de 1960 limitaba su alcance a la contemplación de algunos supuestos concretos, como el de los debidos a la viuda durante el año de luto, los que se debían recípro-

camente heredante y heredero respecto de sus consortes o hijos comunes, y los debidos a los hijos naturales no legitimarios o a los descendientes legítimos de los premuertos. La Ley del Parlamento de Cataluña 13/84, de 20 de marzo (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al Tomo XXXVII, fascículo III, disposición número 2) extendió al cónyuge superviviente los alimentos de la viuda durante el año de luto, y derogó los alimentos a favor de los hijos naturales, al equiparar el tratamiento de estos a los matrimoniales.

Esta fragmentaria regulación de la prestación alimenticia producía una situación ciertamente insegura, por cuanto la posibilidad de aplicar los artículos 142 a 153 del Código Civil, destinados a regular los alimentos entre parientes, a las situaciones regidas por el Derecho foral, dependía de que los casos no contemplados por el Ordenamiento catalán se consideraran como hipótesis carentes de regulación, a las cuales resultaría aplicable el Código Civil como derecho supletorio (artículos 13.2 del propio Código Civil y 149.3 *in fine* de la Constitución Española), o bien como situaciones efectivamente reguladas por el Derecho foral que, de conformidad con la regla *inclusio unius exclusio alterius*, no originaban el deber de prestar alimentos. En este sentido, la aproximación de contenidos llevada a cabo por la norma presentada tiene la indudable virtud de reducir el interés práctico del debate.

Mayores dudas merece la posibilidad de entender que la ley catalana cumple efectivamente con la finalidad modernizadora a que se alude en su preámbulo, e incluso que semejante modernización pueda llevarse a cabo mediante una ley autonómica, porque la efectiva actualización de la normativa aplicable a la prestación de alimentos entre parientes resulta simplemente imposible de conseguir sin tomar en cuenta las relaciones existentes entre dichos alimentos y las prestaciones derivadas del sistema de asistencia social propio de un Estado que se autodefine como social, y sin adaptar el ordenamiento fiscal a la eventualidad de que determinados sujetos pasivos hayan de prestar alimentos a sus parientes (por ejemplo en los aspectos relativos a las deducciones de la cuota por familiares a cargo del sujeto pasivo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

Especialmente útil resultaría el establecimiento del orden de prelación existente entre las prestaciones estatales destinadas a afrontar situaciones de necesidad (generalización de la asistencia sanitaria, pensiones no contributivas, etc.) y los alimentos entre parientes, porque si el Estado es el primer llamado a atender esas situaciones, los alimentos sólo operarán como complemento de la protección estatal y en cuanto dicha protección resulte insuficiente; por el contrario, si el Estado aparece llamado después de los parientes, habrían de establecerse los mecanismos necesarios para que se subrogue en la posición del necesitado cuando ha asumido total o parcialmente su manutención, facultándole desde luego para exigir prestaciones alimenticias ya reclamadas y no satisfechas (solución acogida en la norma catalana), pero también para reclamar judicialmente la fijación de la pensión alimenticia que corresponda cuando el necesitado no lo haga, aunque ello suponga matizar el carácter personal que viene atribuyéndose a dicha acción (en este sentido, recordemos que la ley catalana establece expresamente que sólo la persona que necesita los alimentos o, en su caso, su representante legal, pueden reclamarlos).

Por último hay que lamentar que la ley catalana no haya adaptado su redacción al contenido de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al Tomo XLIX, fascículo II, disposición n.º 1) en virtud de la cual se añadió un segundo párrafo al artículo 149 del Código Civil destinado a impedir que el alimentante pueda optar por recibir y mantener en su casa al alimentista cuando el ejercicio de dicha opción contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial, y también cuando exista justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad. En este sentido el artículo 9.2 de la norma autonómica, según ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado, dice textualmente que. «El deudor de alimentos puede optar por satisfacer los alimentos acogiendo y manteniendo en su casa *el* alimentista, salvo que *la misma* se oponga a ello por imposibilidad legal o porque la convivencia sea inviable» (el subrayado es nuestro); con independencia de no se sabe bien si quien puede negarse al acogimiento por alguna de las causas contempladas en el precepto es el propio alimentista (como parece más correcto), o los familiares que conviven en la casa del alimentante (como puede deducirse de la alusión a «la misma» y no «el mismo»), resulta evidente la dificultad que plantea la subsunción de todos los casos contemplados por la ley estatal en el supuesto de hecho de la norma autonómica.

5. TUTELA E INSTITUCIONES TUTELARES. Se modifica la Ley del Parlamento de Cataluña 39/1991, de 30 de diciembre.

Ley del Parlamento de Cataluña 11/1996, de 29 de julio («B.O.E.» del 23 de agosto).

La presente disposición viene a modificar la Ley del Parlamento de Cataluña 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al Tomo XLV, fascículo II, disposición n.º 1) con el fin de facultar a las personas con capacidad de obrar para designar, en Escritura pública y para si mismas, tutores, protutores y curadores, en previsión del caso de ser declaradas incapaces, estableciendo la posibilidad de que dichos nombramientos puedan ser impugnados por las personas llamadas por Ley a ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si se hubiera producido una modificación sobrevenida de las circunstancias que cuestionen la idoneidad de la decisión personal tomada anteriormente.

Además se establece un Registro de Tutelas y Autotutelas donde se inscribirán las delaciones otorgadas, imponiéndose a los notarios que autoricen escrituras en las que se procede a la designación o revocación de tutor, protutor o curador, el deber de remitir al mencionado Registro un oficio en el que se indique el nombre, apellidos, domicilio y documento de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en la misma se ha procedido a la citada designación o revocación, pero sin indicar la identidad de los designados (artículo 3.2 de la ley).

6. POTESTAD DEL PADRE Y DE LA MADRE. Se procede a su regulación en Cataluña.

Ley 12/1996, de 29 de julio («B.O.E.» del 23 de agosto).

A) Exposición.

La norma objeto de presentación regula minuciosamente el contenido, ejercicio y extinción de la patria potestad en relación con las personas de vecindad civil catalana, resultando especialmente destacables los siguientes aspectos:

— Se impone la audiencia del hijo mayor de doce años en todo caso, o del menor de dicha edad si tiene suficiente juicio, para la adopción de decisiones que le afecten, tanto si dichas decisiones son adoptadas por los padres como si lo son por el juez.

— La intervención judicial requerida en caso de desacuerdo ocasional entre el padre y la madre, de desacuerdo entre las personas que han de asistir al menor en el ejercicio de la patria potestad o entre este y aquellas, y también para la realización de los actos relativos a los bienes del hijo relacionados en el artículo 21 de la ley, puede ser sustituida por el acuerdo, formalizado en documento público, de los dos parientes más próximos del hijo a los que refiere el artículo 149 del Código de Sucesiones. Para ello se requiere que la sustitución de la intervención judicial haya sido dispuesta por los padres, también mediante acuerdo formalizado en documento público (artículos 7.2, 12.3, y 23.2.b de la ley).

— Continuando con la irrupción de la autonomía de la voluntad y del documento público en este ámbito, se prevé la posibilidad de que los padres que vivan separados de común acuerdo formalizado en escritura pública, puedan delegar el ejercicio de la patria potestad en aquél de ellos dos que conviva con el hijo o acordar que ese ejercicio corresponda a ambos conjuntamente o con distribución de funciones entre ellos (artículo 8.1).

— Se establecen unos deberes de información para el caso de que el ejercicio de la patria potestad haya sido atribuida a uno de los padres (artículo 9).

— El padre o madre menor de edad ejerce la patria potestad sin necesidad de asistencia alguna si está emancipado o si está casado con persona mayor de edad respecto a los hijos comunes (artículo 12.1).

— En relación con la administración de los bienes de los hijos, hay que destacar que el régimen de responsabilidad de los padres es más severo que el de los administradores de sociedades anónimas, ya que responden por simple culpa (artículo 17.1). La acción para exigir rendición de cuentas prescribe a los dos años.

— El trascendental artículo 21 se refiere a los actos para cuya realización se requiere autorización judicial. En este sentido puede destacarse el hecho de que la misma no sea necesaria para redimir censos o para enajenar acciones cotizadas en bolsa si el precio es, al menos, el de cotización; por el contrario, y además de exigirse para otros supuestos perfectamente homologables con los contemplados por el artículo 166 del Código Civil, la ley autonómica impone la autorización judicial para enajenar el derecho de adquisición preferente de acciones y participaciones en aumentos de capital, dar y recibir dinero en préstamo, otorgar arrendamientos por plazo superior a quince años, avalar o prestar fianza o constituir derechos de garantía de obligaciones

ajenas, constituir sociedades que no limiten la responsabilidad de los socios o adquirir la condición de socio de las mismas, y también para transigir en cuestiones relacionadas con los bienes o derechos de los cuales no se puede disponer o a los cuales no cabe renunciar sin autorización judicial, o para someter a arbitraje dichas cuestiones. La autorización judicial no es necesaria en relación con los bienes adquiridos por donación o a título sucesorio si el donante o causante la han excluido expresamente, y además esa autorización puede ser sustituida por el consentimiento, manifestado en documento público, del hijo mayor de dieciséis años o de los dos parientes más próximos del hijo, en la forma que ya expusimos con anterioridad (artículo 23).

— Los actos que se realicen sin la preceptiva autorización judicial, o sin los requisitos establecidos por el artículo 23, se califican expresamente como anulables, y la acción para impugnarlos se dice también expresamente que caduca a los cuatro años de haber accedido el hijo a la mayoría de edad (artículo 24).

— En cuanto a la capacidad de obrar del menor emancipado, hay que destacar la importante limitación que se deriva de la asimilación llevada a cabo por la ley entre la relación de actos para los cuales los padres necesitan autorización judicial y aquellos para los que el menor emancipado requiere el complemento de capacidad. En este sentido, el artículo 29.1 remite a los actos determinados en el artículo 21.1 (aunque literalmente, y sin duda por error, la remisión se haga al artículo 22.1), añadiendo además la aceptación del cargo de administrador en cualquier tipo de sociedades y los actos que excedan de la administración ordinaria en lo que se refiere a los bienes adquiridos por el hijo de más de dieciséis años con su actividad.

— Por último hay que señalar que la prórroga y rehabilitación de la patria potestad pueden rechazarse por el juez, que ordenará la constitución de la tutela o curatela cuando así parezca aconsejable y atendida la edad y situación personal y social del padre y de la madre, el grado de deficiencia del hijo incapaz y sus relaciones personales.

B) *Comentario.*

Como bien puede deducirse a través de la lectura de las simples notas que hemos apuntado, la ley catalana muy probablemente viene a incidir en materias de competencia estatal (149.1:1.ª y 8.ª y principio constitucional de unidad de mercado), sin tener un firme apoyo en la facultad de desarrollo del derecho foral catalán; en este sentido, y después de aludir al inminente horizonte de un código de familia catalán; el propio preámbulo de la norma presentada se refiere a la existencia de un vacío en el ordenamiento civil catalán y al hecho de que la Generalidad republicana se ocupara ampliamente de esta materia.

El vacío es absolutamente imposible si se considerara aplicable no ya el artículo 13.2 del Código Civil, sino el propio artículo 149.3 *in fine* de la Constitución, y sólo puede significar el reconocimiento expreso de que la ley catalana no está desarrollando ninguna institución foral propia, sino vaciando de todo contenido la competencia exclusiva del Estado en relación con la Legislación civil.

Ahora bien, lo cierto es que el debate en torno a la conformidad constitucional del ejercicio de sus facultades legislativas por las Comunidades Autónomas hace tiempo que derivó hacia terrenos más propios de la política que de la ciencia jurídica, y precisamente por ese motivo ha ido perdiendo peso específico también en estas páginas.

III. DERECHO MERCANTIL

7. REGISTRO MERCANTIL. Se sustituye su Reglamento regulador. Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio («B.O.E.» del 31).

La aprobación de un nuevo Reglamento regulador del Registro Mercantil ha venido motivada por la necesidad de adaptar la normativa de dicho órgano administrativo al nuevo marco legal derivado de la promulgación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que impone una regulación autónoma de la inscripción de estas sociedades y el establecimiento de una serie de normas destinadas a armonizar el ordenamiento registral con otras medidas de la citada Ley, tales como la introducción en nuestro derecho de la sociedad unipersonal o el cierre registral previsto para determinados supuestos.

Además, se ha aprovechado la ocasión para introducir algunas reformas en las materias que exigían algún perfeccionamiento de técnica registral, como pueden serlo las relativas a la documentación extranjera, el traslado de asientos registrales a otro Registro como consecuencia del cambio de domicilio social, la concreción de los libros del Registro, y la agilización de la alzada en el recurso gubernativo, o bien de técnica documental, pudiendo destacarse en este sentido las precisiones sobre el acta notarial de Junta, la facultad certificante, el nombramiento de suplentes de los administradores y el modo de depositar las cuentas anuales. También se han efectuado algunas reformas en relación con el Registro Mercantil Central que afectan al modo de publicidad, la aplicación informática y las consecuencias derivadas de la publicación de leyes sustantivas que pueden afectar a los datos de su contenido.

En sus aspectos formales, y pese a haberse optado por la aprobación de un nuevo texto, se ha mantenido la configuración y estructura del anterior Reglamento, que fuera aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, procurando mantener incluso la numeración de los artículos, cosa que sólo ha resultado posible hasta el número 173, debido al notable incremento del número de artículos integrantes del capítulo V del Título II.

IV. DERECHO PROCESAL

8. GENERALIDAD DE CATALUÑA. Organización de sus Servicios Jurídicos.

Ley del Parlamento Catalán 7/1996, de 5 de julio («B.O.E.» del 12 de agosto).

Esta Ley regula las funciones de asesoramiento y defensa y representación procesal del Gobierno y Administración de la Generalidad de Cataluña. Para el desarrollo de

las mismas se crea el Cuerpo de Abogados de la Generalidad que, orgánicamente se configura como adscrito al Gabinete Jurídico, del Departamento de la Presidencia.

El texto se refiere separadamente a las funciones de asesoramiento y contenciosas determinando su contenido y alcance. En particular destacan los requisitos establecidos para el ejercicio de acciones, la práctica de diligencias procesales en el domicilio señalado para los Abogados de la Generalidad y la posible actuación de éstos en defensa de altos cargos y funcionarios.

La promulgación de la presente ley contrasta significativamente con la regulación de la misma materia en el ámbito de la Administración del Estado, contenida principalmente, todavía, en el Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado, de 27 de julio de 1943. Parece ocioso señalar la conveniencia de establecer un nuevo régimen que revista de rango legal indiscutible los principios básicos de actuación y permita la adecuación de las funciones consultivas y contenciosas a los importantes cambios sufridos en los últimos años por la Administración estatal y por el régimen procesal.

9. ASISTENCIA JURIDICA GRATUITA. Se aprueba el Reglamento regulador de la misma.

Real Decreto 2103/1996; de 20 de septiembre («B.O.E.» del 24).

Mediante el presente Real Decreto se da cumplimiento al mandato contenido en la disposición final primera de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al Tomo XLIX, fascículo II, disposición número 14). El desarrollo reglamentario se circunscribe, fundamentalmente, a los aspectos relativos a la organización y funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, procedimiento para el reconocimiento del derecho a la subvención, sistema de provisión de la asistencia pericial gratuita, normalización de la solicitud y documentos a presentar por el solicitante, y establecimiento de módulos y bases para determinar la compensación económica a percibir por abogados y procuradores.

V. OTRAS DISPOSICIONES

10. TRANSACCIONES EXTERIORES. Se regula la circulación de moneda con el extranjero.

Real Decreto 1638/1996, de 5 de julio («B.O.E.» del 9).

En aplicación del régimen liberalizador general, declarado especialmente por las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de febrero y 14 de diciembre de 1995, se suprime la exigencia de autorización administrativa previa para la salida o introducción en territorio nacional de moneda metálica, billetes o cheques bancarios al portador, en pesetas o en moneda extranjera.

Sólo será preciso formular declaración de la operación cuando su cuantía exceda de 1 millón de pesetas por persona y viaje.

La modificación operada supone la desaparición del tipo delictivo previsto en la antigua regulación del control de cambios, configurándose la falta de declaración como infracción administrativa.

11. TELECOMUNICACIONES. Se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de las verificadas mediante cable.

Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre («B.O.E.» del 26).

La norma presentada contiene el desarrollo reglamentario de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, modificada por el Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones (presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al Tomo XLIX, fascículo III, disposición n.º 6) y por lo tanto se extiende a la regulación de detalle del procedimiento concesional, régimen de prestación del servicio y equipos e infraestructuras, incluyéndose unos anexos destinados a concretar los requisitos técnicos de las redes de cable, las especificaciones de punto de terminación de red, las características de la señal de TV analógica en el punto de terminación de red, y los aspectos de calidad requerida a las señales de TV en origen (cabecera de red).

Especial atención se dedica al régimen de las sociedades operadoras que vienen a configurar un tipo societario especial por el objeto de su actividad. Las singularidades afectan a la posible participación extranjera en su capital, los límites a la participación simultánea en el capital de varias sociedades concesionarias, y los requisitos impuestos a la transmisión de sus acciones. A este respecto, se impone la autorización administrativa previa para cualquier acto dispositivo que, además, habrá de formalizarse ante fedatario público, revistiendo esta forma efectos constitutivos.

Coloquio Internacional sobre «La Protección de Bienes Culturales»

(Rabat, 11 a 13 de septiembre de 1996)

Organizado por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, dependiente de la UNESCO, en colaboración con la Universidad Mohamed V (Agdal-Rabat), ha tenido lugar un Coloquio internacional sobre la protección de los bienes culturales, con participación de juristas pertenecientes a diez países distintos (Francia, España, Grecia, Turquía, Canadá, Nigeria, Suiza, Líbano, Japón y Marruecos), en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de Agdal-Rabat. La variedad de situaciones en que se encuentran, respecto a la protección del patrimonio cultural, los países de los participantes en el Coloquio, así como la diferente formación jurídica de éstos, ha dado origen a un debate vivo y sumamente enriquecedor. Por otra parte, la diversidad de enfoques con que se ha abordado el temario, ha dotado al Coloquio de extraordinario interés.

A nivel internacional, la Sra. Salman El Madini, representante de la Unesco en Marruecos, puso de relieve en la sesión de apertura la importante función de este organismo en el campo de la cooperación internacional dirigida a la protección de bienes culturales, siendo numerosas las Convenciones y Recomendaciones que ha propuesto o emitido. En la misma dirección insistió el Prof. Paterson, de la Univ. canadiense de British Columbia, mencionando las Convenciones de 1970, relativas a impedir la importación, exportación y transferencia de las propiedades adquiridas ilícitamente de los bienes culturales, así como a proteger el patrimonio cultural nacional y mundial; también analizó las normas de aplicación —no siempre coincidentes— que los Estados, signatarios o no de aquellas Convenciones, han puesto en marcha. Estrecha relación con la anterior tuvo la Ponencia presentada por el Prof. Siehr, de la Univ. de Zúrich, sobre la protección de los bienes culturales en el comercio internacional; destacó los problemas derivados del diferente enfoque que las legislaciones internas adoptan en el tráfico de cosas muebles, especialmente cuando se trata de cosas de ilícito comercio. Su exposición desarrolló el siguiente cuadro de soluciones: 1.º) Convenios multilaterales; 2.º) Tratados bilaterales; 3.º) Normas internacionales, ya sean directamente aplicables, o por vía de armonización; 4.º) Normas internacionales consuetudinarias; 5.º) Nor-

mas de Derecho Internacional Privado. Entre los ejemplos que mencionó citó lo ocurrido con el cuadro de Goya de la Marquesa de Santa Cruz.

Todavía permaneciendo en el mismo ámbito hay que reseñar la interesante conferencia del Prof. Shyllon de la Univ. de Ibadan (Nigeria) sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Citando un reciente trabajo de Thornes recordó una serie de hechos sumamente llamativos: los objetos de arte alemanes que han aparecido en museos soviéticos como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial; la destrucción sistemática por los Khmeres Rojos de lugares de culto en Camboya; la devastación del Museo Nacional de Kabul por causa de la guerra civil; el Museo de Beirut reducido a escombros después de 15 años de guerra en el Líbano; la guerra en la antigua Yugoslavia que produjo el bombardeo de Dubrovnik, las denuncias del Gobierno croata sobre los daños causados a 470 monumentos, siendo los religiosos los más afectados pues se incluyen en aquel número 241 iglesias y monasterios la llamada «limpieza cultural» de Bosnia que ha supuesto la destrucción o graves daños de 1470 mezquitas; en la guerra del Golfo mientras Kuwait denunció expolios de sus obras de arte Iraq ha notificado a la UNESCO la desaparición de objetos de arte de sus museos regionales. ¿Cómo hacer frente a este «genocidio cultural» a estos «crímenes de guerra» culturales? Recordó el Ponente que sólo a lo largo del siglo XIX comenzó a ponerse en discusión el supuesto derecho del vencedor para apropiarse de los bienes culturales del vencido, apareciendo diversos textos tales como la Declaración de Bruselas de 1874, el Código de Oxford redactado por el Instituto de Derecho Internacional de 1880, las Actas de la Conferencia Internacional de La Haya de 1907, las Conferencias Internacionales de Brujas de 1931 y de Montevideo de 1933, preparatorias del Tratado de Washington de 1935; después de la Segunda Mundial considera el Ponente que la Convención de La Haya de 1954, promovida por la UNESCO, representa el primer acuerdo general que reconoce el valor universal del patrimonio cultural, habiendo servido de base para una acción relativamente eficaz de la ONU y de las organizaciones no gubernamentales que trabajan en este campo, que ha sido completada por la Convención de 1972 que extiende la protección al patrimonio natural.

Desde el punto de vista de los derechos nacionales, el Prof. Jazouli de la Univ. de Rabat-Agdal expuso la legislación marroquí, que comenzó en 1912 y se continuó después de la independencia por una ley de 1980, analizando su campo de aplicación, las insuficiencias de los textos y el soporte institucional. El Prof. Özsunay de la Univ. de Estambul ha presentado una ponencia muy completa y detallada, sobre la protección del patrimonio cultural en el derecho privado turco; el punto de partida lo constituye un Decreto de 1906 del Imperio Otomano que atribuye a éste la propiedad de todos los objetos de arte, muebles o inmuebles que existen o se descubran en su territorio; la República Turca fundada en 1923 prosiguió idéntica política incorporando sus principios al art. 697 CC, que fue completado por una Ley de 1973, reemplazada por otra de 1983, inspirada en idénticas directrices; bajo el principio de la pertenencia al Estado Turco de todos los bienes de interés cultural se han emprendido acciones legales para recuperar objetos de arte depositados en el extranjero. La Profes.^a de Derecho Eclesiástico de la Facultad de Orense, de la Univ. de Vigo, Beatriz González Moreno, presentó una ponencia sobre «La protección de bienes culturales en el derecho español», en la que analiza los principios de la Ley de Patrimonio Histórico español de 1985 y expone los elementos reales y

formales del régimen jurídico de protección. Por último, quien firma esta crónica presentó una ponencia sobre «El estatuto jurídico de los bienes muebles de propiedad privada sometidos a la Ley de 25 de julio de 1985 sobre el patrimonio histórico español», en la que se estudia por separado la situación de los bienes muebles declarados de interés cultural y aquéllos que no lo han sido, aunque forman parte del p.h.e.

La anunciada publicación de las ponencias presentadas revaloriza el interés del Coloquio aquí reseñado.

Gabriel GARCÍA CANTERO

BIBLIOGRAFÍA

Nota Crítica

Crédito, posesión mediata y tradición en la teoría de los títulos representativos

(Nota crítica a propósito de dos publicaciones)

ANDRÉS RECALDE CASTELLS

Catedrático de Derecho Mercantil
Universitat Jaume I. Castellón

I. INTRODUCCIÓN

1. Hasta hace poco la doctrina española no ha dedicado a los títulos representativos o de tradición la atención que probablemente merecían. Tan sólo se fijó en alguno de estos documentos (en particular en el conocimiento de embarque) al hilo de los estudios dedicados al contrato (de transporte marítimo (1), en el citado caso) en función del cual se emiten, o bien con motivo de los tratamientos en torno a las operaciones comerciales que se efectúan a través de los mismos (ventas de plaza a plaza (2), créditos documentarios), o bien, por último, dentro de las obras de carácter general sobre los títulos-valor (3). En todo caso, siempre fue mucha menor la atención prestada a los títulos emitidos con motivo de un contrato de depósito (resguardos de almacenes generales de depósito y *warrants*) (4).

(1) SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, Roma-Madrid 1957, *passim*.

(2) MENÉNDEZ, *La venta Cif*, Madrid 1955, pp. 96 y ss.

(3) Deben mencionarse todavía las obras de GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil II. Los títulos valores*, Madrid 1955, y VICENTE Y GELLA, *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, Zaragoza 1942. Conviene reconocer, sin embargo, que un tratamiento específicamente dedicado a estos documentos se contenía en el trabajo de ROBLES DE SOTOMAYOR, «Los títulos de tradición en el Derecho español», *RDM*, n.º 11, 1947, pp. 191 y ss.

(4) Puede citarse, no obstante, el trabajo de JIMÉNEZ DE PARGA, «El préstamo con garantía de título representativo de mercancías depositadas», *RDM*, n.º 116 (1970), pp. 233 y ss.

Pero lo cierto es que faltaban estudios monográficos que de forma rigurosa y moderna analizaran estos títulos-valor y, ante todo, faltaba una adecuada inserción dogmática de estos documentos dentro de las categorías generales del Derecho civil de cosas. Es más, el único análisis sobre los títulos de tradición que en nuestro país se realizó partiendo de esta perspectiva ha sido injustamente ignorado o muy escasamente considerado por la doctrina (5).

La aparición en los últimos años de varias publicaciones referidas a estos peculiares títulos-valor marca un punto de inflexión en el interés por la materia. La finalidad de estas páginas es llamar la atención sobre dos libros que se publicaron en 1994. Por el orden de su aparición en las librerías me estoy refiriendo a las obras de TOMILLO URBINA (*Los depósitos de mercancías en almacenes generales*, ed. Civitas, Madrid 1994, 478 págs., con prólogo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO) y de PENDÓN RIVERO (*Los títulos representativos de la mercancía*, ed. Marcial Pons, Madrid 1994, 377 págs., con prólogo de LOJENDIO). Como quiera que el firmante de esta noticia también ha venido dedicando su atención a la cuestión desde hace algunos años (6), he considerado de interés informar sobre ellas e introducir, de paso, las reflexiones personales que su lectura me ha suscitado.

Lo primero que conviene advertir desde una visión global de estos libros que es la que ahora se afrontará, es que en ambos casos nos hallamos ante lo que originariamente fueron las tesis doctorales presentadas en su día por sus autores. No obstante, la metodología general, la estructura y el enfoque de los problemas son diferentes en cada uno de ellos, probablemente como consecuencia del carácter más «cerrado» de la obra de TOMILLO.

2. El de TOMILLO es, efectivamente, un trabajo que se encuentra estrechamente acotado por la materia analizada: su objeto es el contrato de depósito realizado en almacenes generales. Ciertamente, en él se presta una especial atención a las cuestiones relativas a la documentación del citado contrato, pero todos los demás aspectos relativos a esta forma de depósito son objeto de una concienzuda y rigurosa atención. Debe advertirse, en todo caso, que el depósito en almacenes generales no es, en el fondo, sino un depósito ordinario cualificado tan sólo porque su realización corre a cargo de unas entidades empresariales especiales en función del objeto social. Ello explica que los aspectos jurídico-negociales sean regulados al hilo del régimen dedicado a la ordenación institucional de estas sociedades.

La obra de TOMILLO comienza refiriéndose a la específica función económica que cumple el depósito en almacenes generales, consistente tanto en ofrecer una prestación profesional típica y especializada de depósito por entidades específicamente dedicadas a ello, como en facilitar la negociación de las mercancías mientras éstas se encuentran en poder del depositario. A continuación el autor expone con exquisito detalle el régimen aplicado a este contrato desde una perspectiva jurídica comparada y desde la evolución histórica

(5) Me estoy refiriendo a las ajustadas páginas que dedica a los «títulos de tradición» MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid 1972, pp. 242 y ss., páginas que deberían ser de ineludible lectura para quien pretendiera profundizar en esta materia, aunque desgraciadamente no siempre lo son.

(6) RECALDE, *El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte. Función representativa*, Madrid 1992. Otros estudios que he publicado sobre la materia serán citados en el curso de las siguientes páginas.

de la ordenación a la que han estado sometidas en España las empresas que realizan esta actividad y los contratos de depósito concluidos por ellas. Esta evolución permite apreciar la consagración en el Derecho vigente de una *sistema liberal* —en cuanto a los requisitos para acceder a desempeñar esta actividad y en cuanto al control administrativo de la misma— (págs. 148 y ss. y 178) y de *doble título* —en lo que a los documentos emitidos por el depositario se refiere, con asignación diferenciada de funciones (traslativa y pignoratícia) a cada uno de estos documentos— (págs. 152 y ss.).

La normativa vigente viene constituida por los artículos 193 a 198 del Código de comercio, así como por el Real Decreto-Ley de 22 de septiembre de 1917 (que se aprobó en virtud de la delegación legislativa establecida en el artículo 10 de la Ley de 2 de marzo de 1917) sobre crédito mobiliario agrícola, Real Decreto-Ley del que sólo permanece en vigor el título II relativo precisamente a los títulos de depósito —resguardos de depósito y *warrants*— (el resto del citado Real Decreto-Ley fue derogado por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 1954). Es de destacar este hecho pues TOMILLO pone al lector sobre aviso respecto de una confusión ampliamente extendida en la doctrina española que se ha venido refiriendo a la citada normativa como un «Real Decreto» (7). Como destaca TOMILLO, el rango jerárquico del citado «Real Decreto-Ley» (en adelante RDL), a pesar de su denominación, es el correspondiente a una verdadera *ley material*, en la medida en que su redacción por el poder ejecutivo se realizó en el ejercicio de la potestad legislativa derivada de una delegación legal (8).

En ocasiones es posible advertir un cierto prejuicio sobre la escasa significación práctica de esta actividad económica. Pero, el autor demuestra en el interesante estudio sociológico que nos ofrece en torno a las empresas españolas dedicadas a la realización de depósitos en almacenes generales, que en ningún caso se trata de una actividad extraña en la realidad del tráfico moderno. Por otro lado, y esto es aún más relevante, TOMILLO destaca la «resurrección» experimentada por el depósito de mercancías con expedición de títulos representativos a través de los depósitos en régimen aduanero y franco. En efecto, el Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986 contempla la posibilidad de que las entidades que operan en este ámbito expidan documentos con los mismos caracteres que tienen los emitidos por las Compañías de Almacenes Generales de Depósito. Por otro lado, en la misma línea, el Real Decreto de 25 de septiembre de 1986 y la Orden Ministerial (Economía y Hacienda) de 4 de agosto de 1987, que lo desarrolla, prevén que en los depósitos aduaneros las relaciones entre el depositario y los depositantes se hayan de someter a las normas de Derecho privado aplicables a las Sociedades de Almacenes Generales de Depósito.

La segunda parte de la obra se destina al régimen jurídico del contrato de depósito, prestándose en ella una atención especial, en primer lugar, al régimen institucional y al *status* especial al que están sometidos las empresas de-

(7) Por muchos, en la doctrina reciente incurrimos en el error de calificarlo como un Real Decreto PENDÓN, *Los títulos representativos*, 252; GARCÍA VILLAVERDE, voz «Depósito en almacenes generales», *EJB*, 2138; RECALDE, voz, «Resguardo de almacén general de depósito», *EJB*, 5872.

(8) TOMILLO, *ob. cit.*, 161. También BELTRÁN en la recensión a la obra de TOMILLO publicada en *RDM*, n.º 215, 1995, 429.

dicadas a esta actividad, empresas que necesariamente deben adoptar la forma de sociedades anónimas (págs. 148-149 y 178). Lo cierto es que este requisito subjetivo se contradice con la constatación que el autor hace en el estudio sociológico inicial de la presencia en este sector del tráfico de empresarios individuales; por ello, hubiera sido conveniente precisar las consecuencias que derivarían de la infracción de aquella prescripción legal. Por otro lado, la constitución de almacenes generales de depósito es libre, cosa que no sucede, en cambio, con los almacenistas agroindustriales y portuarios autorizados también para emitir documentos representativos de depósito, pero que para su válida constitución requieren la autorización del gobierno; no obstante, como el autor señala, quizá fuese mejor que esta función se atribuyese a instancias administrativas de más ágil funcionamiento que el gobierno. El régimen de libertad de acceso no obsta, de cualquier manera, a la existencia de mecanismos de control gubernativo que soportan estas entidades (págs. 207 y ss.).

En segundo lugar, son también objeto de tratamiento en la obra de TOMILLO los aspectos fundamentales del contenido del contrato de depósito en almacenes generales. Se analiza allí tanto el carácter mercantil de la figura, como alguna obligación especial que se prevé en el marco de esta figura contractual, como es la del aseguramiento de las mercancías. Finalmente se analiza el régimen de responsabilidad por custodia al que se somete el depositario, al hilo de lo cual se distinguen las dos modalidades de depósito previstas por el RDL: el «depósito separado» y el «depósito colectivo». En opinión del autor la responsabilidad *ex recepto* que en ambos casos recae sobre el depositario es particularmente rigurosa, más incluso que la establecida en el régimen general aplicable al contrato ordinario de depósito mercantil o civil. No obstante, considero discutible la existencia de bases seguras para afirmar que las conductas que determinan la imputación de la responsabilidad (dolo, culpa) del depositario sean especiales en este contrato; más bien, lo que ocurre es que, como siempre sucede, la diligencia ordinaria se concreta en el modelo de conducta que en la prestación contractual se debe esperar de cada deudor (9). En consecuencia, quien se dedica profesionalmente a esta actividad está sometido a un patrón de conducta objetivo particularmente riguroso en cuanto subsumible en la diligencia ordinaria del ordinario comerciante del ramo. No se trataría, por tanto, de que en este peculiar contrato de depósito exista un agravamiento de la responsabilidad de los depositarios, o de que éstos respondan por *culpa levísima* (como se dice en pág. 249 y s., donde, de hecho, se reconoce que el Derecho español no prevé ninguna norma especial sobre la responsabilidad de estos depositarios que modifique las reglas generales), sino que la diligencia del «buen padre de familia» (art. 1094 Cc) o del «ordenado comerciante» que sirven de parámetros generales para imputar el incumplimiento al deudor deben valorarse en función de los conocimientos técnicos y capacidades personales de cada deudor (art. 1104.1 Cc) (10). Ello permite entender que la omisión de conductas que no cabe esperar de un depositario no profesional cuando actúa diligentemente, quepa sin embargo considerarla como culpable —y, por tanto, generadora de responsabilidad si determina la imposibilidad de cumplir— cuando aquellos comportamientos han sido omi-

(9) BADOSA COLL, en Paz Ares/Díez Picazo/R. Bercovitz/Salvador, *Comentario del código civil*, Madrid 1991, II, art. 1095. V, 21.

(10) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid 1987, 482.

tidos por un depositario profesional. Por lo demás, una cuestión sobre la que hubiera sido conveniente reflexionar con mayor detenimiento es la que se refiere a si el supuesto de hecho que exonera al depositario de responsabilidad en caso de incumplimiento de su obligación de custodia y entrega lo es la diligencia del depositario o, más bien, la ausencia de culpa, previa demostración del caso fortuito o la fuerza mayor causantes de la imposibilidad de cumplir (11). Por otra parte, tampoco queda suficientemente clara en la obra de TOMILLO la relación existente entre la responsabilidad del depositario por la custodia y entrega de las mercancías y la que deriva de la función probatoria que el documento posee respecto de lo cargado (pág. 304 y ss. y sobre el tema *vid. infra* III.2). En relación con estas cuestiones, he de manifestar, por último, mis dudas sobre la consistencia del argumento que el autor utiliza (pág. 253) para defender la nulidad de las cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad que el depositario pudiera introducir en el contrato —al margen, es obvio, de los supuestos de responsabilidad derivada de dolo o de culpa grave, respecto de los cuales nunca cabría exoneración—, tesis que exclusivamente se fundamenta en el art. 28 del RDL. En realidad, este precepto tan sólo realiza una vaga descripción de las obligaciones del depositario; pero es difícil identificar en él la fijación de una responsabilidad por custodia del depositario de carácter imperativo e inderogable.

Como decíamos, el autor también trata del llamado «depósito colectivo», que es aquél cuyo objeto lo constituyen cosas fungibles entregadas por distintos depositantes y mezcladas por el depositario, de donde en favor del depositante no nace un derecho a la restitución de «lo» depositado sino un derecho *pro quota*. En este caso, si se produjeran pérdidas en las mercancías mezcladas, el artículo 31.III RDL de 1917 establece una norma que contradice el régimen general del Derecho común en relación con el riesgo en la copropiedad: en efecto, allí no se establece un prorrateo de las pérdidas entre los condóminos, sino que los riesgos de pérdidas se atribuyen a los depositantes en función del orden temporal en que entregaron las mercancías al depositario, una solución legislativa incomprensible que no ha dejado de merecer serias críticas por parte de la generalidad de la doctrina (12).

Es la tercera parte de la obra (la más extensa e interesante, por otro lado) la que de manera específica se dedica a los títulos-valor del depósito. Efectivamente, la característica principal de esta forma especial de depósito radica en la eventualidad de una emisión por parte del depositario de títulos que per-

(11) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, 481, parece excluir que entre los contratos en que opera un régimen especial de responsabilidad *ex recepto* se encuentre el del depósito en almacenes generales, al faltar en nuestro Derecho una norma similar al art. 1787 del *Codice civile* italiano que se refiere, precisamente, a estos supuestos. TOMILLO, no obstante, sustenta el rigor que entiendo que cualificaría el régimen de responsabilidad de este depositario fundamentalmente en la doctrina italiana (*ob. cit.*, pp. 249 y ss.).

Debe reconocerse, por otro lado, que, a pesar de excluir que en este caso nos encontremos ante un supuesto especial de responsabilidad *ex recepto*, JORDANO FRAGA propone en el conjunto de su obra un régimen general de responsabilidad que, en el caso de las obligaciones de entrega de cosa determinada (art. 1182, 1183 y 1096 Cc), no variaría sustancialmente de las consecuencias que se alcanzaron en los tradicionales supuestos de responsabilidad *ex recepto* (*vid. JORDANO FRAGA, ob. cit.*, pp. 288 y ss.).

(12) Así TOMILLO, *ob. cit.*, 259; GARCÍA VILLAVERDE, voz «Depósito en almacenes generales», *EJB*, 2141.

miten al depositante disponer de las mercancías durante el periodo en que éstas se encuentran en poder del depositario. A esta cuestión dedicaremos posteriormente nuestra atención (*infra* V), prescindiendo ya, por tanto, de comentar las demás materias tratadas en el libro. En todo caso, desde aquí se puede avanzar que el autor parte de la consistencia y solidez de la teoría general de los títulos de tradición que tradicionalmente ha sido construida a partir de los rasgos de caracterización del conocimiento de embarque emitido con motivo de un transporte marítimo. No obstante, su principal y más novedosa e interesante tesis radica en la puesta en cuestión de la existencia de una única categoría dentro de la familia de los títulos de tradición, al destacar las diferencias entre el régimen aplicable a los títulos de depósito y el que corresponde al conocimiento de embarque. Ello le conducirá a construir la de los títulos de depósito como una subcategoría autónoma con características propias.

3. La obra de PENDÓN RIVERO, por su parte, representa un estudio en principio más ambicioso dedicado a todos los títulos representativos. Ello da lugar a que su estructura sea muy diferente a la anteriormente comentada. La obra, por otro lado, no se configura como una «teoría general de los títulos representativos», algo a lo que tan sólo se pretende dedicar el último de los capítulos. Por el contrario, se pretenden analizar en este libro todos los documentos que entrarían en esta categoría desde las más diferentes perspectivas.

El estudio parte de la distinción entre «títulos de transporte» (en primer lugar, los del transporte marítimo en el que se presta una atención muy particular al conocimiento de embarque y una consideración algo menor a otros documentos, y, en segundo lugar, se dedica específicamente otro capítulo a la «carta de porte» del transporte terrestre o aéreo) y «títulos de depósito». Al desgranar cada una de estas subdistinciones se analizan, como decíamos, todo tipo de cuestiones relacionadas con aquellos documentos que, en opinión del autor, merecerían la referida calificación como «títulos representativos». A partir de estas bases se pretenderá elaborar, al final y a modo de epílogo, una «aproximación global y genérica a los títulos representativos y sus características como títulos-valores» (pág. 22) en el marco del «ensayo reconstructivo» con el que culmina la obra y cuyo objeto sería el estudio del «fundamento y requisitos de la eficacia representativa». No obstante, este último apartado de la obra no siempre se encuentra suficientemente coordinado con los anteriores capítulos. Por otro lado, lo que en él se ofrece es, en realidad, una exposición del «contenido jurídico de los títulos representativos de las mercancías» y de las tres características que tradicionalmente la doctrina española, siguiendo a la italiana, ha venido identificando en estos documentos (crédito a la restitución de las mercancías, posesión de las mismas y facultad de disposición). Es éste, sin embargo, un enfoque general que, como veremos (*infra* IV) no nos parece el más adecuado para apreciar lo que de verdaderamente peculiar existe en estos documentos.

Debería advertirse, por otro lado, que la obra de PENDÓN no sólo trata de los títulos representativos o de la «eficacia representativa» de estos documentos, sino de muchas otras cuestiones. El autor destaca (pág. 21), la íntima relación existente entre los documentos y los diversos contratos —diferentes modalidades de transporte marítimo (fletamentos, transportes de mercancías determinadas), transporte terrestre, multimodal, contratos de depósito— en los que se inserta cada uno de los documentos analizados. A partir de ello, son objeto de análisis —aunque no siempre con el mismo detalle— aspectos muy

diversos de algunas de estas relaciones contractuales (régimen legal vigente, sujetos participantes, contenido obligacional típico, naturaleza jurídica de tales contratos, responsabilidad de los deudores). Todas estas heterogéneas cuestiones se estudian a partir de una sistemática que, lógicamente, no es la propia de los tratamientos doctrinales dedicados a los contratos, pues el interés por ellas tiene —o debería tener— carácter instrumental respecto del objeto al que se dedica la obra. Debe reconocerse, sin embargo, que en el libro de PENDÓN hay materias (particularmente en las muy abundantes notas) cuya vinculación directa con el objeto de tratamiento no resulta fácil de apreciar, lo cual, en ocasiones, puede hacer perder al lector el hilo de aquello que trataba de exponerse: la teoría de los títulos representativos dentro del marco de la teoría general de los títulos-valor. En cambio, con relación a otras cuestiones que en la obra son analizadas, aun no haciendo una estricta referencia a la eficacia representativa del documento (casi siempre el estudio se elabora en función de los caracteres del conocimiento de embarque marítimo), sí que existe una cierta vinculación entre ellas (piénsese en el valor probatorio del documento o en su consideración como un título literal) y la función económica a la que también trata de servir la citada «eficacia representativa» de estos documentos, que es facilitar y asegurar la negociación de las mercancías. Otra cosa es que, a pesar de la relación funcional existente entre las diferentes características o propiedades del documento, no debieran éstas ser objeto de un adecuado deslinde, tal como luego recomendamos (*infra* II).

Por otro lado, conviene advertir también que el estudio de PENDÓN no sólo se refiere a los títulos representativos, sino que también son objeto de análisis otros muchos documentos cercanos en sus caracteres o función económica a los clásicos títulos de tradición, aunque no entren dentro de tal categoría. Resulta, por ello, imprescindible delimitar adecuadamente los rasgos de caracterización de tales documentos respecto de los que son propios de los títulos representativos en sentido estricto, tal como el autor en ocasiones hace con precisión (poseen un particular interés las páginas dedicadas a las diversas modalidades de órdenes de entrega o *delivery orders*), por más que otras veces no lo haga con tanto detenimiento. Sí que podría objetarse, en esta línea, la ausencia de referencias o, al menos, el muy escaso tratamiento que merecen algunas prácticas documentales que en los últimos decenios han adquirido una enorme difusión en el comercio internacional, y que han llegado a sustituir plenamente en ciertos sectores del tráfico marítimo a los mecanismos tradicionales de documentación mediante conocimientos de embarque. Me estoy refiriendo, p. ej., a la reducida atención que se presta a los «documentos del transporte multimodal» (pág. 96 y 97) (13), así como a las escasísimas y tangenciales referencias (pág. 164 nt. 444, pág. 150 nt. 399) que se hacen a las «cartas de porte

(13) Ampliamente RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 336 y ss.: para algunos problemas que planteaba un *Fiata Bill of Lading*, que no es sino una modalidad de esta clase de documentos (como reconoce PENDÓN, *ob. cit.*, 97 nt. 217; y ya antes RECALDE, *ob. cit.*, pp. 371 y ss.), *vid.*, la STS 10-XI-1993 y el comentario que escribimos: RECALDE, «Validez de una cláusula de sumisión expresa a tribunales extranjeros y legitimación en la acción por pérdidas y averías en el transporte marítimo y combinado en caso de concurrencia de dos títulos-valor», *La Ley*, 22-VI-1995.

marítimo» (*seawaybills*) (14) o a la repercusión que ha tenido la electrónica y la transmisión informática de datos sobre la documentación en el ámbito del transporte marítimo (15). Debe señalarse, también, que el autor incluye inductivamente dentro de la categoría de los títulos representativos a la «carta de porte» emitida con motivo del transporte terrestre o aéreo (pág. 233 y ss.), postura que es, por lo menos, polémica y discutida en la doctrina española y, en todo caso, ampliamente rechazada en el Derecho internacional del transporte y en otros ordenamientos nacionales (16).

En el fondo, estos inconvenientes derivan de una atención quizá insuficiente a la doctrina comparada y española más moderna (al menos en comparación con la que se presta a la literatura jurídica de hace algunas décadas), así como de que falte en la obra toda referencia a una cuestión que probablemente podría haber ofrecido una visión luminosa en relación con la aparición de nuevos documentos en estos sectores, como es la que se refiere a la vigencia en materia de títulos-valor de un sistema de *numerus clausus* o de *numerus apertus*, es decir, el clásico problema de la «atipicidad» de estos documentos (17).

4. Después de avanzar esta visión global de ambas obras, pasaremos a continuación a exponer el esquema que se seguirá en las próximas paginas. Comenzaremos con una ubicación sistemática de los títulos representativos en el marco de la teoría general de los títulos-valor, al hilo de la cual se tratará de precisar el concepto y las características de la noción de «eficacia representativa» como nota peculiar de estos documentos (II). Continuaremos (III) con una referencia a diversas funciones que cumplen los títulos representativos (ciertamente la exposición atenderá, sobre todo, al régimen del conocimiento de embarque del transporte marítimo) al margen de lo que es su estricta eficacia traslativa en el ámbito jurídico-real. A esta última propiedad de los documentos analizados y a la necesidad de su entronque dentro de la teoría de

(14) Al respecto BRAVO VOCOS, «La carta de porte marítimo: un nuevo documento para el transporte de mercancías por mar», *ADM*, 1989, vol. VII., pp. 199 y ss.; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, 374 y ss.; id, voz «Seawaybill», *EJB*, pp. 6069 y ss.; id., «La documentación en el transporte marítimo, con especial referencia al conocimiento de embarque», en AA.VV., *La reforma del Derecho marítimo Congreso de Bilbao de 1993*, Vitoria 1995, 145, pp. 169 y ss. y en CDC n.º 15, 1994, y allí otras referencias.

(15) RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 398 y ss., id., en *La reforma del Derecho marítimo*, 176 y ss., y allí amplias referencias.

(16) Referencias en RECALDE, *El conocimiento de embarque*, 242; id., voz «Carta de porte», *EJB*, pp. 944 y ss.; id., «La firma de las partes del contrato en la carta de porte (firma manual y firma impresa, mecánica o electrónica). El régimen del Código de Comercio y del Convenio Internacional sobre Transporte por Carretera (C.M.R.)», *RGD* n.º 606, 1995, 2232.

(17) Podría hallarse un posicionamiento de este autor en el sentido de la vigencia de un sistema de *numerus apertus*, cuando señala (PENDÓN, *Los títulos representativos*, 267) que los títulos de depósito emitidos por los almacenes generales de depósito carentes de autorización serían «títulos representativos» si bien no sometidos al régimen del RDL de 1917. Paradójicamente, esta solución, en lugar de protegerles, podría llegar a causar un perjuicio a los titulares de documentos emitidos por depositarios que no han sido autorizados para realizar tal actividad.

Por la vigencia de un principio de *numerus apertus* en la teoría de los títulos-valor vid. PEINADO, «¿Títulos de crédito atípicos?», *Est. Broseta*, Valencia 1995, 2900, con argumentos no siempre coincidentes con los nuestros, como son los que se alcanzan a partir de aplicar en este ámbito normas —p. ej., aquellas que se refieren al concepto de «valor negociable» obtenido de la normativa sobre «mercados primarios» (art. 2 RD 2911/1992)— establecidas con una finalidad muy distinta a la que trata de satisfacer el concepto de «título-valor» en la teoría general de esta clase de documentos; para nuestra opinión al respecto vid. RECALDE, voz «Título-valor», *EJB*, 6576, esp. 6580 y s.; id. «Valores negociables» en Alonso Ureba/Martínez Simancas, *Derecho del mercado financiero*, Madrid 1994, 265, esp. 282 y ss.; y, con relación a los títulos del transporte, *El conocimiento de embarque*, pp. 346 y ss.

la posesión y de las formas y funciones de la «tradición» se dedicará el siguiente apartado (IV). Finalizaremos valorando si cabe construir una teoría unitaria de todos los documentos que entran dentro de esta categoría o si, en cambio, los títulos de depósito deben considerarse autónomamente, al estar caracterizados por propiedades que permiten distinguirlos de la categoría general (V).

II. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS TÍTULOS REPRESENTATIVOS Y DIFERENTES SIGNIFICADOS QUE PUEDEN ATRIBUIRSE AL CONCEPTO DE «EFICACIA REPRESENTATIVA»

1. Los títulos de tradición son títulos-valor, y a partir de esta caracterización aparece ya la primera dificultad, dada la ausencia en nuestro Derecho de un concepto normativo de título-valor (18). La doctrina española, por ello, se ha visto obligada a acudir a las nociones elaboradas en otros ordenamientos. Se aprecia, así, la existencia de dos concepciones básicas: una concepción, propia de la doctrina germana, en la que los títulos-valor vienen definidos por una sola nota de caracterización: el hecho de que se trata de documentos cuya presentación es necesaria y suficiente para el ejercicio del derecho en ellos incorporado. Al definirse el concepto por una sola característica, el supuesto de hecho regulado abarca un número muy extenso de documentos (concepto amplio).

Al lado de ella, se puede identificar una concepción más estricta, cuyo origen se encuentra en la doctrina italiana y que es también la más extendida en la española (también STS 27-XII-1985), en la que los títulos-valor o títulos de crédito serían aquellos documentos que, además de la antes citada propiedad reflejada en la «legitimación posesoria», se caracterizarían por ofrecer al tercero adquirente del documento una rigurosa protección en el ámbito jurídico-obligacional («abstracción» o «inoponibilidad de excepciones» extracartulares) y jurídico-real («autonomía» derivada del sometimiento de estos documentos a un régimen de transmisión similar al de las cosas muebles, lo que eventualmente permite una adquisición del derecho *a non domino*) (19).

(18) Sobre el tema es imprescindible y suficiente, referirse aquí a los trabajos de EIZAGUIRRE, «Bases para una reelaboración de la teoría general de los títulos valores», *RDM*, n.º 163 (1982), pp. 7 y ss.; *id.* «Las imprecisiones a plazo con objeto de garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores. Com. a STS 27-12-1985», *RDBB*, n.º 25, 1987, pp. 179 y ss.

(19) *Vid.* RECALDE, voz «Título-valor», *EJB*, 6575 y ss.; recientemente se ha inclinado de forma definitiva por la concepción amplia de los títulos-valor EIZAGUIRRE, «La opción por el concepto amplio de título-valor», *RDBB*, n.º 57, 1995, pp. 9 y ss. No es éste el lugar para detenerse en cuál de ambas concepciones resulta más acorde con nuestro Derecho; más aún, entendemos que las divergencias teóricas entre ambas concepciones probablemente no sean en el plano normativo tan significativas. Ahora bien, lo que en todo caso sí conviene es comprender las diferencias existentes entre estos dos conceptos y en sus notas de caracterización, algo que a veces la doctrina española no ha precisado adecuadamente; p. ej. en la obra de PENDÓN (*Los títulos representativos*, 17) se produce una extraña confusión, al optar el autor —en su opinión de acuerdo con la doctrina mayoritaria española— por un «concepto amplio de título valor», e inmediatamente definir este concepto por las notas que en realidad son propias del concepto estricto o italiano (*ivi* y 311 y ss.). Respecto de los títulos de depósito TOMILLO (*ob. cit.*, pp. 153 y ss. y, esp. pp. 280 y ss.) se inclina por un «concepto estricto», por lo que, coherentemente, se demuestra en condiciones de identificar en los títulos de depósito —reconociendo los obstáculos que derivan de unos textos legales elaborados en un momento en que no se encuentra plenamente aquilatada la construcción dogmática de los títulos-valor— todas las propiedades que caracterizarían los títulos-valor según esta concepción: legitimación por la posesión, literalidad y autonomía.

Se trata, efectivamente, de una concepción más restringida, en la medida en que la ampliación de las notas de caracterización tipológica de la figura reducen, lógicamente, el ámbito del supuesto de hecho considerado por las normas.

Pues bien, nadie duda de que los títulos representativos emitidos a la orden o al portador (supuesto mucho menos habitual) son títulos-valor en sentido estricto, caracterizados por la «legitimación por la posesión», por la «inoponibilidad de excepciones causales» al tercero adquirente de buena fe y por la «tutela jurídico real». Posteriormente se podrá apreciar el juego de cada una de estas diversas notas o propiedades normativas y su significación en la construcción sobre la «eficacia representativa» de estos documentos.

Por lo que al *contenido* de estos documentos se refiere, una visión tradicional ha venido entendiendo que los títulos representativos o de tradición se caracterizarían por incorporar un derecho de distinta naturaleza al que se refleja en otros títulos-valor, en concreto, un derecho real o un derecho de posesión (20). Por nuestra parte, siempre hemos pensado que ésto no es cierto y, sobre todo, que se comprende mejor su verdadera significación peculiar atendiendo a la función económica que estos documentos desarrollan (21). Efectivamente, ni con seguridad cabe concluir cuál es el derecho real que se incorporaría a los títulos de tradición (22), ni la pretensión de resolver esa duda afirmando que ese derecho real consistiría en la “posesión mediata” de las mercancías es plenamente convincente, pues nadie puede discutir que, en realidad, no siempre ocurre así. En efecto, el propietario de un título de tradición sólo será poseedor mediato de las mercancías en la medida en que en él concurren los requisitos generales que el Derecho común prevé para reconocer al titular de esta forma de señorío posesorio sin tenencia. Luego, si faltan estos requisitos, difícilmente podremos decir que el documento atribuya a su titular la condición de poseedor mediato de las mercancías. Lo que, por el contrario, tampoco cabría nunca negar es que a estos documentos siempre se incorpora un crédito a la restitución de determinadas mercancías cuyo titular lo será el propietario del documento, algo que, por tanto, podría —y debería— servir como seguro punto de partida en su análisis. Ese crédito, en tanto subsista y no se haya extinguido, se satisfará en especie si el deudor se encuentra en disposición de cumplir; si no es así, deberá hacerlo por equivalente.

(20) Así PENDÓN, *Los títulos representativos*, pp. 18 y ss. y otras referencias.

(21) En este sentido HUECK/CANARIS, *Recht der Wertpapiere*. 12. Aufl. München 1986, 19 y s. (hay traducción al español —*Derecho de los Títulos-valor*— de Alfaro, Barcelona 1988), a quien seguimos en RECALDE, *Conocimiento de embarque*, 52; *id.*, voz «Título de tradición», *EJB*, 6563. La conveniencia de situarse en una perspectiva económico-funcional para comprender el significado de los títulos de tradición a partir de su utilización en el tráfico de mercancías (compraventas sobre documentos, créditos documentarios) es también destacada por la moderna doctrina italiana: así, M. RESCIGNO, *Titoli rappresentativo e circolazione delle merci*, Milano 1992, pp. 27 y ss., una obra relativamente reciente pero muy importante, cuyas tesis, sin embargo, no fueron suficientemente consideradas en los trabajos aquí comentados; debe advertirse, sin embargo, que esta laguna en el libro de TOMILLO no es grave pues el autor sí que hace una constante y oportuna referencia a las conclusiones que obtuvo RESCIGNO en trabajos publicados anteriormente en relación con los documentos de depósito y que vienen recogidas en la citada obra general.

(22) Respecto de esta posibilidad en los títulos de depósito, donde la posición negativa que mantenemos debe reconocerse que encuentra serios obstáculos de Derecho positivo (*vid. infra V*).

Insistimos en que para apreciar el verdadero significado de estos documentos resulta mucho más útil atender a la función que con ellos se pretende desarrollar, que es facilitar la negociación de las mercancías mientras éstas se encuentran en poder del porteador o del depositario. Es aquí donde cobra pleno valor la extendida afirmación de *que la entrega de los títulos representativos equivale, en cuanto a sus efectos, a la de las cosas depositadas o en transporte*, pues ésta es la función que con aquellos se pretende desarrollar (23). Pero con la enunciación de la equivalencia entre una y otra entrega tan sólo se comienza a vislumbrar lo que sería un correcto punto de partida que permita enfocar adecuadamente el problema con vistas a determinar lo característico de estos documentos. Inmediatamente después debería determinarse cuáles son los presupuestos de esta equivalencia entre la transmisión del título y la entrega de las mercancías y cuál es su efectivo alcance. En todo caso, para resolver este problema debería analizarse previamente el concepto y los efectos que produce la «entrega» en nuestro ordenamiento jurídico.

2. De la «entrega» no existe un concepto unitario en el Derecho privado, sino que son varios los conceptos que se utilizan en función de las diversas funciones que cumple. La entrega de la cosa es una forma de obtener su posesión, lo que, en cuanto «tradición», sirve, también, de «modo» de adquirir el dominio y otros derechos reales (art. 609 Cc). Pero la entrega refleja, también, el cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales, p. ej. la que recae sobre el vendedor en el contrato de compraventa o en otros contratos. Dada esta plural perspectiva con la que es contemplada, no cabría identificar un único concepto de entrega, pues ésta pretende diversas finalidades y en cada caso provoca diferentes efectos (24). Lo cierto es que a cada una de estas funciones contribuyen de diferente manera la transmisión de los títulos representativos.

A la función de «tradición» se vincula la eficacia traslativa o «eficacia representativa en sentido estricto» que estos documentos poseen en el ámbito jurídico-real y que es lo que refleja su aptitud en orden a la constitución y transmisión de derechos reales sobre aquellas mercancías que se encuentran en poder de un porteador o de un depositario; por ello, estos documentos son también llamados —y, probablemente, con una mayor precisión técnica— *títulos de tradición*. Por tanto, no es cierto, como antes decíamos, que los títulos de tradición incorporen un derecho real, pero sí que pueden tener una aplicación jurídico-real sustituyendo su transmisión a la *traditio* de las

(23) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, T. I, 7.ª ed., Madrid 1976, p. 756; TOMILLO, *Los depósitos de mercancías en almacenes generales*, 269; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 52 y ss., y allí otras referencias.

(24) MIQUEL, voz «Tradición», *EJB*, 6601; ANGELICI, *Consegna e proprietà vendita internazionale*, Milano 1979 *passim*; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 340 y ss. Buena prueba de la polivalencia funcional del concepto de entrega lo podemos encontrar también en su virtualidad como criterio determinante de la transmisión del riesgo en ciertos contratos, p. ej. en la compraventa (ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid 1972, pp. 377 y ss.; ALCOVER GARAU, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Madrid 1991, *passim*; LÓPEZ DE GONZALO, «Consegna e trasferimento del rischio nella vendita marittima», *Dir. Mar.*, 1994, pp. 105 y ss.), o como instrumento que sirve para precisar el momento en que empieza a correr el plazo para el ejercicio de las acciones por vicios en las mercancías (arts. 1490 Cc o 342 Ccom).

mercancías (25). En relación con esta función debe recordarse que los derechos reales poseen una eficacia *erga omnes*; nos encontramos ante una materia en la que no sólo están implicados los intereses de las partes, sino también los de los terceros. De ahí que para que los documentos desarrollen esta «eficacia traslativa» o traditoria es imprescindible que de forma estricta y rigurosa la transmisión se realice en el marco en el que el ordenamiento lo admite, con todos los presupuestos necesarios para que opere esta característica, y únicamente con el alcance y los efectos en él previstos (*infra* IV). Podríamos decir que este concepto de «eficacia representativa estricta», traslativa o traditoria es un «concepto» abstracto-general y cerrado, de manera tal que la transmisión del documento no desarrollaría la referida eficacia traslativa sobre las mercancías en ausencia de algunos de los presupuestos previstos para que opere.

Ciertamente, la caracterización del documento como un título de tradición coadyuva también a la equivalencia que establecen las partes entre la entrega del documento y la de las mercancías desde la perspectiva del cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas por ellas (26). Pero, a esta consideración de la entrega de los documentos como forma de satisfacer la obligación contractual de una de las partes en determinados contratos contribuyen igualmente otras características y propiedades de los documentos que también permiten situar a su poseedor en una posición particularmente protegida: me estoy refiriendo, p. ej., al reforzamiento del valor probatorio del documento respecto a la descripción de las mercancías que deben ser entregadas, al sometimiento del deudor a un riguroso régimen legal de responsabilidad de carácter inderogable, o a la configuración de los títulos representativos como documentos que incorporan un derecho literal y abstracto, es decir, inmune a los pactos, vicisitudes y excepciones que derivan de la relación en virtud de la cual se emitió. Estas últimas características (y eventualmente otras) no inciden directamente sobre la transmisión de derechos reales, pero sí dotan de una difusa confianza (una confianza que en ocasiones se calificó como «psicológica») a quienes operan en el tráfico internacional negociando sobre la base de documentos relativos a las mercancías que son el objeto del contrato. Por otro lado, este plano en el que se parte de que la transmisión del título determina el deber de realizar la contraprestación (p. ej. el deber de pagar las mercancías por parte del comprador), se basa, como hemos dicho, en la «confianza» que depositan los operadores en los documentos a los que reconocen una cierta «aptitud negocial». Pero, a diferencia de la anterior función de la entrega —como *traditio*—, no parece que aquí debiera considerarse imprescindible identificar la presencia en el título de todas aquellas características que contribuyen a dotar a los documentos de esa «aptitud» o «valor comercial». Nos situaríamos aquí en el ámbito de las relaciones contractuales en las que está plenamente vigente la autonomía privada de los particulares y la libertad para decidir cuándo y cómo quedan obligados entre sí. De ahí que las partes del contrato pueden estimar que, de la misma manera en que el «cumplimiento de la obligación de entrega» que genera

(25) DÍAZ MORENO, «Títulos de tradición», en Jiménez Sánchez, dir., *Derecho mercantil*, Barcelona 1990, p. 679; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 53.

(26) Aspecto mucho más difuso pero de mayor relieve en el plano dinámico de las relaciones contractuales internacionales (ANGELICI. *ob. cit.*, pp. 312 y ss.).

el deber de pagar el precio (p. ej. en virtud de una compraventa o de un crédito documentario) no surge con la entrega material de las cosas al comprador, sino previamente con la entrega de los documentos, también pueden las partes determinar libremente qué caracteres o propiedades deban tener esos documentos para que su transmisión surta los citados efectos. Por esta razón, sería perfectamente admisible el que las partes no consideren necesario que los documentos hayan de poseer todas las características que son propias de los títulos-valor o que deban tener un especial valor probatorio. Son las partes del contrato (o las condiciones generales habitualmente utilizadas por éstas en un determinado sector del tráfico) las que libremente delimitarán qué características deben tener, a estos efectos, determinados documentos para que su entrega origine la obligación de pagar el precio u otras consecuencias que se sitúan en el ámbito reconocido a la autonomía privada (27). La «aptitud negocial» o «eficacia representativa en sentido impropio» sería, así, un «tipo abierto» descrito por una pluralidad de notas de caracterización que no siempre tienen por qué concurrir. En cada caso aquellas notas pueden darse con mayor o menor plenitud, pero la ausencia de alguna de ellas en la realidad no permite excluir la presencia del «tipo» (28).

Entiendo que es fundamental precisar esta diferenciación entre una eficacia traslativa estricta de los títulos de tradición (que opera rígidamente a los efectos de la constitución y transmisión de derechos reales sobre las mercancías embarcadas o en depósito, a partir de ciertos presupuestos y con ciertos límites) y una función o aptitud representativa o comercial impropia que las partes voluntariamente conceden en los contratos realizados sobre las mercancías a algunos documentos (entre los cuales, los títulos de tradición, pero no sólo éstos) a partir de otras características y propiedades (29).

En el tráfico y en la literatura jurídica especializada extranjera se encuentra cada vez más extendida la distinción entre la eficacia representativa o traslativa en sentido estricto, con la que se hace referencia a la «tradición» como «modo» en la transmisión del dominio (*Traditionswirkung*), y la aptitud comercial que se concede a determinados documentos para sustituir a las mercancías en ciertas operaciones del tráfico (30). También la obra de PENDÓN parece intuir esta importante distinción: no son escasas, en efecto, las ocasiones en las que, con relación a los «títulos representativos» del transporte ma-

(27) Una cierta demostración de ello podemos encontrar en la significativa evolución de los requisitos que han determinado la condición de «acceptables» de los documentos que deben ser presentados por el beneficiario al banco en el crédito documentario (cfr. RECALDE, «A propósito de los requisitos de "acceptabilidad" de los documentos del transporte en el nuevo crédito documentario», en *Estudios homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid 1996, pp. 3395 y ss.; id., «Electrónica y documentación en los créditos documentarios», *RDM*, n.º 215, 1995, pp. 20 y ss.).

(28) LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. española de Rodríguez Molineiro de la 4.ª ed. alemana, Madrid 1994, p. 299; para las virtualidades de la aplicación en otros ámbitos del Derecho mercantil del «pensamiento tipológico». GONDRA, *Derecho mercantil I. Introducción*, Madrid 1992, p. 129.

(29) RECALDE, *El conocimiento de embarque*, esp. 42, pp. 218 y ss.

(30) Se habla, en ocasiones de la *bankability* de los documentos en los créditos documentarios (WHEBLE, «Combined Transport. A. Banking view», *ETL*, 1975, 650) o de la *Handelsfähigkeit* y de la *Akkretivfähigkeit* (HELM, «Das Dokument des kombinierten Transport», *ETL*, 1977, pp. 685 y 688 y ss.). También en la doctrina jurídica americana se hace referencia a la *merchantable value* de los documentos del transporte como algo distinto a su consideración como *document of title*, concepto que hace referencia a su aptitud para transmitir la propiedad (KOZOLCHYNK, «The Paperless Letter of Credit and Related Documents of title», 55 *L. & C. P.*, 1992, p. 99).

rítimo, se hace referencia a su «aptitud de la negociabilidad» (pág. 44-45, nt. 74), a su «función comercial» (pág. 62), a la «aptitud comercial» (pág. 79 y 114, noción que no parece equipararse a su «cualidad de título-valor»), al «valor» o «papel comercial» (pág. 126, 127, 133 nt. 348, «valor comercial» —o «aptitud comercial» pág. 135 nt. 354 o 147 nt. 348— que se hace depender de la función probatoria del documento respecto del *receptum* (31)) o a su «aptitud representativa» (pág. 200).

Aparentemente la utilización de todas estas expresiones para caracterizar el conocimiento de embarque u otros documentos a él asimilados en el tráfico, refleja que las mismas no se conectan —o no sólo— a la estricta aptitud del título para transmitir derechos reales sobre las mercancías representadas (algo que, como luego se habrá de ver, se liga directamente a su caracterización como «títulos de presentación necesaria»), sino también a otras propiedades de estos títulos. No obstante, debe reconocerse que la distinción entre ambas formas de comprender la «eficacia representativa» resulta bastante oscurecida en la obra de PENDÓN. Lo cierto es que, en ocasiones, el autor subordina la «aptitud o valor comercial» de los títulos a la «capacidad para legitimar a su poseedor-titular» (pág. 45 nt. 74), es decir, a su estricta caracterización como un título-valor cuya presentación al deudor es imprescindible para hacer valer el derecho a él incorporado. Sin embargo, la configuración de los documentos como títulos de presentación necesaria donde en realidad incide —*infra* IV.3— es en la eficacia traslativa en sentido estricto de los títulos de tradición; es decir, en la transmisibilidad de derechos reales sobre las mercancías a través de la entrega de los documentos, o, si se quiere, en el hecho de que «la circulación de la mercancías puede sustituirse por la circulación del título que, de esta manera, se convierte en título de tradición en cuanto permite la *traditio* de las mercaderías» (pág. 63) (32). Sin embargo, hay en el tráfico documentos que no siendo títulos de presentación necesaria (ni, por tanto, títulos-valor) son utilizados en las operaciones negociales del tráfico de mercancías, pues poseen otras características que justifican el que las partes las admitan a la hora de hacer surgir la obligación de satisfacer la contraprestación a la entrega. En efecto, tanto en las compraventas sobre documentos como en los créditos documentarios el deber de pagar el precio surge con la entrega de los documentos, incluso aunque éstos no posean las características de los títulos-valor.

A continuación vamos a referirnos brevemente a dos de las características de los «títulos representativos» en sentido amplio que contribuyen a dotarlos de ese «valor negocial» o eficacia representativa impropia, para

(31) «El estudio del conocimiento como recibo de la mercancía debe convertirse en paso previo para la correcta comprensión de la naturaleza representativa del título» (PENDÓN, *ob. cit.*, p. 77). Consideraciones de orden similar se encuentran en las páginas anteriormente citadas en texto.

(32) También en este sentido la afirmación que se contiene en PENDÓN, *ob. cit.*, p. 52, nt. 100: «Las razones que han motivado el reconocimiento de eficacia representativa al conocimiento de embarque no derivan de exigencias vinculadas al título como expresión o prueba del contrato de transporte, ni de la necesidad de “certificar” de alguna manera el derecho del cargador o los límites de la obligación del porteador frente a aquél, sino que es el resultado de la incorporación del derecho a obtener la restitución de la mercancía en un título destinado a circular, esto es, a dotar de efectividad la posición de un tercero que pretende adquirir la mercancía ...» (igualmente p. 208).

comprobar cómo inciden en el ofrecimiento de una particular tutela al poseedor del título (que, en definitiva, es lo que justifica la confianza que los operadores depositan en ellos al negociar sobre las mercancías). Posteriormente profundizaremos en el estudio de la estricta eficacia traslativa de los títulos de tradición en el orden jurídico real (constitución y transmisión de derechos reales), en virtud de su configuración como títulos-valor cuya transmisión produce los efectos de la *traditio* de las mercancías.

III. LOS TÍTULOS REPRESENTATIVOS COMO TÍTULOS QUE INCORPORAN UN DERECHO LITERAL Y AUTÓNOMO Y COMO DOCUMENTOS PROBATORIOS RESPECTO DEL *RECEPTUM*

1. En su condición de títulos-valor, tanto el conocimiento de embarque (y los demás títulos-valor emitidos con motivo de un contrato de transporte, p. ej., los documentos del transporte multimodal negociables) como los títulos-valor de depósito atribuyen a su titular un derecho literal y abstracto en relación con la posición que ocupaba el transmitente frente al deudor (el porteador o el depositario). Con ello se pretende «abstraer» o independizar el derecho que deriva del título del derecho cuya causa está en el contrato de transporte marítimo (o de fletamento) o en el contrato de depósito, en virtud de los cuales se emitió. En este sentido, al tenedor legítimo del documento no se pueden oponer excepciones que derivan de esa concreta relación causal (33). No obstante, como se ha indicado, esta propiedad opera «sólo en la relación existente entre el deudor y el tercero adquirente del título, puesto que entre los contratantes originales continuará produciendo sus efectos el contrato subyacente» (34). Por lo tanto, sí que serían oponibles los pactos, vicisitudes y excepciones que derivan de la relación causal cuando, el conocimiento de embarque en virtud del cual se pretende ejercitar el derecho en él incorporado se encuentra, p. ej., en poder de cargador (o del fletador) que fue parte del contrato de transporte (o fletamento) que dio lugar a la emisión del título (35).

No obstante, no siempre resulta fácil de resolver el problema de quién deba considerarse como «tercero adquirente». Existe, en efecto, una serie de casos en los que convendría precisar cuándo concurre esa «tercería» que refleja un tráfico *inter vivos* y oneroso, única circunstancia que puede justificar la aplicación de este exorbitante —en comparación con el régimen de la cesión de crédito— mecanismo de protección del acreedor cartular frente a las excepciones causales (36). En efecto, cabe dudar si merecería esta protección el portador del documento que reclama el cumplimiento del transportista,

(33) A esta característica se refiere PENDÓN, *Los títulos representativos*, pp. 159 y ss. (respecto del conocimiento de embarque) y pp. 317 y ss.; y también, con relación a los títulos de depósito, TOMILLO, *Los depósitos de mercancías en almacenes generales*, pp. 281 y ss.

(34) PENDÓN, *ob. cit.*, 322, también en 167 esp. nt. 451.

(35) PENDÓN, *Los títulos representativos*, pp. 162 y 164 y ss.

(36) PAZ ARES, «Las excepciones cambiarias», en A. Menéndez dir., *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Madrid 1986, pp. 269 y ss. No plenamente coincidente, si bien en aspectos que aquí no son relevantes, FERNÁNDEZ ALBOR, *El aval cambiario*, Madrid 1992, pp. 395 y ss., nt. 196.

cuando el título fue emitido, p. ej., a su orden, por indicación del cargador que concluyó el contrato; en particular es discutible si el destinatario de las mercancías cuando es el primer portador del título deba considerarse protegido como «tercero» frente a las excepciones que derivan de la relación causal. En definitiva la cuestión a resolver sería la de la comparabilidad entre la posición del «destinatario» de un documento que no ha circulado y la del primer «tomador cambiario». Por otro lado, ¿merece una protección similar a la que se ofrece al tenedor de un título al portador o a la orden, el titular de un conocimiento de embarque o el de un resguardo de depósito nominativo? Estas cuestiones son particularmente relevantes en el ámbito del transporte (37), en donde también se pueden plantear otro tipo de supuestos problemáticos como los que derivan de la difícil precisión del concepto de «cargador», quien, al ser parte del contrato, no merecería la citada protección cartular. Efectivamente, lo cierto es que el concepto de «cargador» puede aplicarse a quien es parte en el contrato de transporte concluido con el porteador; pero aquella noción también podría referirse respecto de quien materialmente entregó las mercancías al porteador para su transporte, aun cuando no fuera él quien concluyó el referido contrato (38) (tal como ocurre, p. ej. en el caso de una compraventa *FOB*, de acuerdo con la cual la obligación de contratar el transporte recae sobre el comprador-destinatario). Todas estas cuestiones de indudable trascendencia práctica y no sólo teórica permanecen todavía abiertas y necesitadas de un estudio más profundo.

En otro orden de cosas, debería advertirse que la misma caracterización de los títulos representativos como títulos abstractos ha sido en ocasiones discutida. La razón fundamental por la que un importante sector de la doctrina viene a afirmar la causalidad de estos documentos se hallaría en la estrecha e inseparable vinculación existente entre el derecho documentado en el título y el contrato de depósito o de transporte. Ciertamente, a diferencia de otros documentos con una causa «incolora» (p. ej. la letra de cambio o el cheque), en los títulos aquí analizados la posición del acreedor no puede ser sino la que corresponde al destinatario de un contrato de transporte o al acreedor del derecho a la restitución en virtud de un contrato de depósito. A estos documentos siempre se incorpora, por tanto, una «prestación negocial típica», lo que explica que al titular le sea oponible el régimen legal previsto para el correspondiente contrato de depósito o transporte (39). Ahora bien, entendemos que ello

(37) Sobre el tema RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 260 y ss. y allí otras referencias; falta en la obra de PENDÓN un tratamiento adecuado de estas cuestiones, si bien en un momento se señala que para ser merecedor de la protección que ofrecen estos documentos bastaría que el consignatario fuera distinto del cargador (*ob. cit.*, p. 167 nt. 452, también p. 170 nt. 459, pero sin un suficiente desarrollo argumentativo de esta afirmación, ni un adecuado apoyo de la misma desde la perspectiva de la teoría general de los títulos-valor, que es donde debería ubicarse).

(38) Intuida ya esta distinción en ARROYO, «Relación entre pólizas de fletamento y conocimiento de embarque», *Estudios de Derecho marítimo I*, Barcelona 1985, p. 458; ampliamente RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 231 y ss.

(39) PAVONE LA ROSA, *Studi sulla polizza di carico*, pp. 272 y 329 y ss., a quien seguimos en RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 272 y ss.; igualmente TOMILLO, *Los depósitos de mercancías*, pp. 283 y ss.; y también PENDÓN, *Los títulos representativos*, pp. 318 y ss., si bien este autor no siempre deslinda suficientemente la noción de «causalidad formal» (derivada del sometimiento de la prestación a una disciplina contractual típica) que constituiría una de las notas caracterizadoras de estos documentos, y el valor probatorio del documento respecto del *receptum* que es una cuestión distinta. No obstante, y en todo caso, rechaza correctamente que esta «eficacia probatoria» (a la que nos referimos en el siguiente epígrafe) pueda configurarse como «causa» del título (también ya SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo*, p. 74, autor que, no obstante, mantenía la tesis contraria en p. 72; y RECALDE, *ob. cit.*, pp. 282 y ss., con más indicaciones).

en ningún caso desvirtúa la tutela jurídico-obligacional del tercero adquirente de estos documentos, plasmada en la antes referida «inoponibilidad de excepciones causales» (40). En efecto, los pactos y las vicisitudes de la concreta relación en virtud de la cual se emitió un concreto título de depósito o de transporte nunca serán oponibles a los terceros adquirentes de buena fe (41). Lo único que sucede es que, dada la necesaria vinculación entre el derecho incorporado y el contrato de transporte o el de depósito, el deudor puede liberarse de su obligación de entregar las mercancías cuando ésta deviene imposible por causas que de acuerdo con la disciplina legal del correspondiente contrato no le son imputables (p. ej. porque esa imposibilidad se deba a una pérdida de las mercancías originada como consecuencia de un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor o en virtud de otra causa de exoneración de responsabilidad establecida en el régimen del contrato de depósito o de transporte).

Por otro lado, debe advertirse que aun configurado como un título en el que opera la tutela jurídico-obligacional reflejada en la inoponibilidad de excepciones causales, en el caso del conocimiento de embarque nos encontraremos habitualmente ante un título-valor con *literalidad incompleta o imperfecta*. En efecto, a la hora de determinar el contenido obligacional de la prestación comprometida por el emiteente no es extraño que en el conocimiento de embarque exista una remisión a elementos que no constan en el mismo título. En ocasiones ocurre así porque estos documentos no siempre incluyen el «clausulado» de condiciones generales de la contratación aplicadas por la compañía de transporte a todos los portes que realiza, sino que lo que se emiten son unos meros documentos abreviados que reflejan los elementos fundamentales del negocio jurídico (*short-form bill of lading*); pero estos conocimientos de embarque *short-form* se remiten al condicionado general aplicable a todos los contratos de transporte que realiza la citada compañía (*long-form*) y que se encuentra a disposición de los usuarios en las oficinas de la compañía (42). Otras veces ocurre que cuando el conocimiento de embarque ha sido emitido en virtud de un previo contrato de fletamento, incluye una cláusula de remisión a la disciplina comercial de este contrato, tal como viene predispuesta en el documento privado probatorio —la póliza de fletamento— de este contrato originario (43).

La admisibilidad de estos supuestos (desde la dogmática de la teoría general de los títulos-valor) no puede entenderse que desvirtúe la tutela de la apariencia derivada de la literalidad o de la abstracción; y ello es así porque «las disposiciones de la *charterparty* se aplican en las relaciones con el tercero adquirente del título no por razón de su influencia sobre la relación documental, sino en cuanto reclamadas en el título, por lo que integran su propio

(40) CANARIS, *Grosskommentar HGB*, III-2, Berlin-New York, § 363, Anm. 44; HUECK/CANARIS, *Recht der Wertpapiere*, pp. 27 y 195; PAVONE LA ROSA, *Studi*, pp. 272 y ss.; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 274 y ss. (y allí más referencias); en el mismo sentido TOMILLO, *ob. cit.*, p. 285; EIZAGUIRRE mantenía esta misma tesis en RDM, n.º 163 (1982), pp. 62 y ss., nt. 194, mientras que recientemente parece haberla desechado en RDBB, n.º 37 (1995) 21.

(41) También RECALDE, *La Ley*, 22-VI-1995, p. 4.

(42) Al respecto PENDÓN, *Los títulos representativos*, p. 179 en nt. 42; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 277 y ss.

(43) PENDÓN, *Los títulos representativos*, pp. 176 y ss. y 321 y ss., RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 279 y ss.

contenido» (44). Los límites que se pudieran invocar a la oponibilidad al tercero de buena fe del texto remitido parece que deberían venir por otros cauces (45).

2. El reforzamiento de la «aptitud comercial» que en el tráfico de mercancías depositadas o transportadas se reconoce a ciertos documentos deriva también del régimen de responsabilidad cada vez más riguroso al que se someten los deudores. Este rigor no sólo se puede constatar en los supuestos que determinan una responsabilidad del deudor por custodia, sino también a partir del valor probatorio reconocido al documento con relación a las indicaciones relativas al *receptum*. En efecto, los títulos representativos cumplen la función de prueba de la recepción de las mercancías por su emitente e incluyen siempre una detallada descripción de las mercancías que el porteador o el depositario recibieron al emitir el documento.

La evolución legislativa de la disciplina internacional aplicada a los documentos del transporte marítimo permite apreciar la paulatina intensificación del valor probatorio reconocido a esos documentos (en particular a partir de la aprobación en 1968 de las Reglas de Visby, protocolo de reforma incorporado al Convenio de Bruselas de 1924) (46). Ello es fruto, por un lado, de que se restringe la posibilidad de que el porteador no asuma la descripción de las mercancías realizada por el cargador en el conocimiento de embarque introduciendo «reservas» destinadas a privar de todo valor probatorio a aquella descripción. Esta restricción es fruto, en primer lugar, de que se limitan las indicaciones «reservables», ya que el porteador no puede incluir «reservas» en el documento ni con relación al hecho mismo de la recepción de las mercancías, ni respecto de la fecha de la citada entrega, ni con relación al «estado y condición aparentes» en que se encontraban las mercancías cuando se entregaron al porteador marítimo (o al capitán que actúa por cuenta de aquel). Pero, en segundo lugar, la inclusión de tales «reservas» sólo sería posible cuando el porteador no disponía de medios para verificar la realidad de la descripción realizada por el cargador o tuviera razones para sospechar sobre su falsedad. En realidad, este es un límite íntimamente vinculado con lo anterior, pues la

(44) PENDÓN, *Los títulos representativos*, p. 181, quien señala (en nt. 489) que, en otro caso, el conocimiento se caracterizaría como título causal, postura que este autor parece rechazar.

(45) Para una detenida referencia a determinados supuestos en los que no serían válidas las cláusulas de incorporación de la póliza de fletamento al conocimiento de embarque y la oposición al poseedor de éste del contenido de aquélla *vid.* PENDÓN, *ob. cit.*, pp. 180 y ss.; quizá tampoco estaría de más recordar que, tal como ha demostrado alguna jurisprudencia extranjera, el mismo Derecho sobre «condiciones generales de la contratación» —y, en concreto, la imposibilidad de oponer cláusulas insólitas al adherente—, puede ofrecer una cierta protección al tenedor de un conocimiento emitido en virtud de una póliza de fletamento a la que remite, cuando éste, aunque teóricamente estuviera en condiciones de determinar el contenido de su derecho en virtud de la remisión al texto de la póliza, materialmente no lo conocía (sobre el tema *vid.* las indicaciones que hacíamos en RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 279).

(46) Con relación al valor probatorio atribuido en el Código de comercio a las indicaciones relativas al *receptum* del conocimiento de embarque, en su momento entendía, en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina española (RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 291 y ss., y allí referencias; también, en el mismo sentido, TOMILLO, *Los depósitos en almacenes generales*, pp. 303 y ss.), que no existía ninguna base positiva para afirmar que se reconociera en nuestro código una responsabilidad *ex scripto* del emitente del conocimiento de embarque; en contra, PENDÓN, *Los títulos representativos*, p. 130, quien, sin embargo, no llega a considerar los argumentos en que se sustentaba mi opinión.

recepción de las mercancías, la fecha en que se produjo ésta, o el estado y condición aparentes en que se encontraban las cosas recibidas son siempre «verificables» por quien las recibe. Por esta razón, el conocimiento de embarque inecluíblemente cumple una función probatoria respecto a las citadas indicaciones (recepción, fecha, y «estado y condición aparente») relativas al *receptum*. Tal conclusión, válida en un plano de principio, puede ser seriamente puesta en cuestión en el futuro cuando lo que el porteador recibe es un contenedor cerrado, en cuyo caso no está claro que el valor probatorio del documento deba referirse a la recepción y al «estado y condición aparentes» de las mercancías descritas en el documento y que se encuentran en el interior del *container*, o al mismo *container*. Este es uno de los fundamentales problemas que plantea el moderno transporte combinado, merecedor de una atención que aún no ha recibido por parte de los estudiosos del transporte en nuestro país.

Pero, por otro lado, el reforzamiento experimentado por el valor probatorio del conocimiento de embarque es, sobre todo, consecuencia de que frente a los terceros de buena fe el porteador marítimo no puede alegar la falsedad o inexactitud de las indicaciones del documento relativas a las mercancías embarcadas. Ciertamente, cuando el destinatario es el mismo cargador, el porteador puede probar (frente a la prueba *prima facie* que deriva de la descripción cartular) que las indicaciones relativas a las características de las mercancías realizada en el título no se corresponde con las que realmente poseían. En consecuencia la obligación de restitución se delimitará por las mercancías que realmente recibió, y en el estado en que se hallaban en el momento en que se emitió el conocimiento. Ahora bien, frente a los terceros que confiaron en aquella descripción, la obligación de entrega asumida por el porteador ya no se delimita por lo efectivamente recibido (responsabilidad *ex recepto*), sino que se extiende a las mercancías tal como han sido descritas en el documento (responsabilidad *ex scripto*).

En todo caso, el riguroso valor probatorio atribuido, en favor de los terceros de buena fe, a las indicaciones del documento relativas al *receptum*, no se vería en absoluto afectado por el hecho de que el cargador hubiese entregado al porteador una «carta de garantía» con la que tratara de protegerle frente a las consecuencias negativas que pudieran derivar para él de la emisión de un conocimiento de embarque «limpio» de reservas (47).

(47) Al respecto PENDÓN. *Los títulos representativos*, p. 146. En el marco de las páginas dedicadas al valor probatorio del conocimiento de embarque y a las «cartas de garantía» presentadas por el cargador con el fin de obtener un «conocimiento limpio», analiza PENDÓN otro tipo de «cartas de garantía» que, a pesar de su idéntica denominación y caracterización jurídica, funcionalmente nada tienen que ver con aquéllas (*vid.* p. 142 nt. 375 y 148 y ss.). Nos estamos refiriendo a las «cartas de garantía» emitidas por el destinatario de las mercancías —o por una entidad bancaria por cuenta de aquél— y que las presenta al porteador con el fin de obtener la entrega de las mercancías cuando no dispone del conocimiento de embarque. La consideración conjunta de ambas formas de «garantías» no deja de ser discutible desde un punto de vista sistemático y funcional, y puede inducir a una cierta confusión. En la medida en que las «cartas de garantía» emitidas por el destinatario desvirtúan la consideración del conocimiento de embarque como un título de presentación necesaria a cuyo rescate se condiciona el ejercicio del derecho a la entrega de las mercancías, su estudio (al respecto RECALDE. *El conocimiento de embarque*, pp. 377 y ss.) debería ubicarse en el marco de la pérdida de funcionalidad de los títulos-valor en ciertos sectores del tráfico marítimo y en el de la sustitución del citado esquema documental por otros que prescinden de las características de esta clase de documentos (*seawaybills* o cartas de porte marítimo).

Por otro lado, con relación a este relevante valor probatorio que se reconoce al conocimiento de embarque, sí que convendría destacar que, desde una perspectiva dogmática, su régimen no se conecta al principio de la «inoponibilidad de excepciones causales» o a la consideración del conocimiento de embarque como un título-valor abstracto (48). La «abstracción» cartular o la «inoponibilidad de excepciones» es un expediente normativo que deriva del efecto en cierta forma «constitutivo» que posee la emisión de un título-valor al incorporar un derecho contractual absolutamente desvinculado de la relación negocial subyacente. Por el contrario, el valor reconocido a las indicaciones *ex recepto* hace referencia a la eficacia probatoria que en cada caso el ordenamiento atribuye a una «declaración de conocimiento» relativa a una circunstancia de hecho: el estado de las mercancías en el momento de su recepción.

Buena prueba de la diferente ubicación dogmática de ambas técnicas de tutela del tenedor del documento lo es el hecho de que quien nunca podría considerarse como «tercero cartular» con arreglo a la teoría general de los títulos-valor o incluso el poseedor de un documento no negociable —y que, por tanto, no es título-valor— sean merecedores de idéntica protección a la que se ofrece al tercero cartular, en tanto legítimamente hubieran depositado su confianza en la descripción de las mercancías realizada en el título (49). Desde un punto de vista práctico esta distinción de planos es fundamental, pues el valor probatorio que se reconoce a las indicaciones relativas al *receptum* de un conocimiento de embarque a la orden o de uno al portador será el mismo que poseen las indicaciones relativas al *receptum* de un conocimiento nominativo o de un *seawaybill*.

Por último, me quiero detener muy brevemente en el valor probatorio respecto del *receptum* que se atribuye a los títulos de depósito (50). Entiendo que la falta de una clara y expresa referencia a la cuestión en el Derecho positivo

Por otro lado, podría también objetarse el hecho de que PENDÓN no conecte el estudio que dedica a las «reservas» (pp. 132 y ss.) con el que anteriormente, en otro lugar de la obra, dedicó a los «conocimientos netos» (pp. 82 y ss.), lo que oscurece la significación real de estos documentos en el seno de ciertas operaciones como los créditos documentarios (al respecto RECALDE, *RDM*, n.º 215, 1995, pp. 49 y ss.; *id.* *El conocimiento de embarque*, pp. 302 y ss. y 318 y ss.).

(48) PAVONE LA ROSA, *Studi*, pp. 234 y ss. y 327, RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 282 y ss. y 305 nt. 531, y allí otras referencias respecto de una cuestión que históricamente no siempre ha sido suficientemente delimitada en la doctrina italiana y en la española. Así, demostrativo de una extendida confusión existente entre ambos aspectos, *vid.* PENDÓN, *Los títulos representativos*, p. 124 nt. 321 y, sobre todo 128 nt. 333; en cambio, este mismo autor (en p. 319) precisa correctamente que el *receptum* no es la causa del conocimiento de embarque. También en la obra de TOMILLO (*Los depósitos en almacenes generales*, pp. 308 y ss.) se vincula la eventual inoponibilidad de circunstancias relativas al *receptum* que reflejan una «declaración de conocimiento» emitida por el porteador, con la configuración de los documentos como «títulos-valor de prestación negocial típica».

(49) ROMANELLI «Efficaccia probatoria della polizza di carico», *Dir. Mar.* 1986, p. 615; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 285 y 392; *id.* voz «Seawaybill», *EJB*, 6070; *id.* «La documentación en el transporte marítimo», en AA.VV. *La reforma del Derecho marítimo*, pp. 173 y ss., y allí otras referencias.

(50) No se considera esta cuestión en la obra de PENDÓN, *Los títulos representativos*, al margen de la indicación de que sería «nulo» el documento si en él no se incluyera la descripción de las mercancías prescrita en el art. 19 del RDL de 1917. Sí, en cambio, en la monografía de TOMILLO (*Los depósitos en almacenes generales*, pp. 304 y ss.), si bien de forma breve, lo que es comprensible dada la ausencia de una referencia explícita a esa materia en nuestra legislación.

español debería conducir a la aplicación de las normas generales del contrato de depósito. De acuerdo con ellas, la responsabilidad del depositario por la custodia y entrega se extendería tan sólo a lo recibido (responsabilidad *ex recepto*) (arts. 1766 Cc y 306 Ccom). Ello permitiría al depositario oponer frente a los terceros tenedores de los títulos de depósito —mediante la oportuna prueba— la inexactitud de la descripción de las mercancías contenida en los documentos (51). Por tanto, debe entenderse que la descripción de las mercancías realizada en el título sirve como principio de prueba, sin perjuicio de la posibilidad que se reconocería al depositario de demostrar que en realidad las mercancías que recibió no son las mencionadas en el título o no se encontraban en el estado y condiciones allí descritos.

Sin embargo, esta conclusión no debe entenderse que refleje una insuficiente protección del tercero que actuando de buena fe confió en las indicaciones del documento. Lo que ocurre es que en un sistema de responsabilidad contractual por lo recibido —y no tanto por la apariencia derivada de lo declarado—, la obligación del emitente de resarcir a los terceros los daños causados cuando no le resulte posible un cumplimiento específico de lo mencionado en el documento (p. ej. si las cosas descritas no están en poder del deudor, eventualmente porque no las recibió) dogmáticamente si sitúa en el marco de la responsabilidad «precontractual» (52). Efectivamente, nos hallaríamos ante la infracción de los deberes de información que conforme a la buena fe recaen sobre las partes en la fase de preparación de una relaciones negociales. Este tipo especial de responsabilidad surgiría, precisamente, cuando como consecuencia de la omisión de aquellos deberes una de las partes (en este caso el deudor-emitente del documento con la declaración inexacta) no va a quedar obligado contractualmente frente a la otra (en este caso frente al tenedor del título que confió en lo en él descrito). Pero el surgimiento del deber de resarcir con base en la responsabilidad «precontractual» requiere la prueba de la negligencia del autor de la declaración falsa o inexacta (*culpa in contrahendo*). Además, esta responsabilidad sólo abarcaría el «interés negativo», es decir, los daños derivados de la confianza generada en la exactitud de la declaración del documento (53). La responsabilidad cuyo origen se encuentra en la culpa *in contrahendo* no se extiende, por tanto, a los

(51) No resulta fácil de precisar cuál es la opinión de TOMILLO (*Los depósitos en almacenes generales*, pp. 306 y ss.) en esta materia. Por un lado se señala que «con la firma de los documentos nace para el almacenista una *responsabilidad ex recepto* frente a los sucesivos tenedores de los títulos en circulación, que adquieren confiados en la apariencia documental»; cuando, de lo que se trata es precisamente de determinar cómo se delimita el objeto al que se extiende la obligación de restitución del depositario: conforme a lo realmente recibido por él o, más bien, conforme a la apariencia que deriva de lo que en el documento dice haber recibido. Por otro lado, del resto de las páginas (pp. 307-308) dedicadas por el autor a esta cuestión podría concluirse que la responsabilidad frente a terceros es *ex scripto*; no obstante, el autor lo niega en la nota 434.

(52) Al respecto, con carácter general, *vid.* ASÚA, *La culpa in contrahendo*, Bilbao 1989, *passim*.

(53) El interés contractual negativo («daño de la confianza») no abarca el equivalente de la prestación prometida como lo hace el interés positivo (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, 204; ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, n.º 485, 1979, p. 49 de la separata; ASÚA, *La culpa in contrahendo*, p. 67; RECALDE, *ob. cit.*, p. 289).

daños fundamentados en el *lucrum cessans* y que tienen su origen en la no conclusión del contrato (54).

III. LA EFICACIA TRASLATIVA EN SENTIDO ESTRICTO DE LOS TÍTULOS DE TRADICIÓN

1. Al margen de las anteriores consideraciones, nos tenemos que enfrentar ahora con el problema fundamental que plantean estos documentos y con el rasgo que los caracteriza frente al resto de los títulos-valor. La clave se encuentra en la capacidad que poseen los títulos de tradición para que, a través de su transmisión, se produzca la *traditio* de las mercancías. De esta manera se cumple uno de los requisitos que se prevén en nuestro ordenamiento para transmitir el dominio y otros derechos reales (art. 609 Cc) o para la constitución de determinados derechos reales limitados (prenda *ex art.* 1863 Cc).

Situada la eficacia representativa en sentido estricto en este plano de la *traditio* y ante la escasez de tratamientos rigurosos existentes sobre los títulos de tradición en nuestro país, es lógico que su estudio se haya de afrontar a partir de las elaboraciones realizadas en otros ordenamientos en los que también la *traditio* o entrega de la posesión constituye un requisito para la transmisión del dominio y otros derechos reales. Así ocurre, en particular, con el Derecho alemán, ordenamiento en cuyo marco, además, es donde se han efectuado los estudios más rigurosos y profundos en torno a la *traditio* que es realizada a través de títulos de tradición (55).

Lo cierto es, sin embargo, que en la obra de PENDÓN (no así en la de TOMILLO) no se parte de esta visión dinámica o funcional de los títulos de tradición, ni, de hecho, existen casi referencias a la función *traslativa* de la transmisión de estos documentos como *traditio* (56). *Entiendo, sin embargo, que la ubicación de estos documentos en el ámbito de la traditio* ofrece una mucho más precisa explicación de lo que en ellos es peculiar tal como trataré de explicar en las próximas páginas. En todo caso esta visión resulta mucho más útil que la extendida tendencia entre nuestros autores a explicar estos documentos a partir de la enumeración de los «derechos» que constituirían su «contenido» en el sentido en el que lo ha hecho la legislación italiana (art. 1996 *Codice civile* y 463 *Codice della navigazione italiana*) (57).

(54) *Vid.* RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 304, con indicaciones relativas a la doctrina alemana que mantenía esta tesis respecto al valor probatorio del conocimiento de embarque con anterioridad a la vigencia del Protocolo de Visby de 1968; como antes se indicó, este protocolo vino a reformar el Convenio de Bruselas de 1924 instaurando en el ámbito de los transportes marítimos internacionales un régimen de responsabilidad del porteador *ex scripto* o por la apariencia.

(55) RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 62 y ss.

(56) Hay, todo lo más, una brevísima, y probablemente discutible, contemplación del fenómeno en la nota 102 (p. 338) de la obra de PENDÓN.

(57) También el esquema del capítulo final («ensayo reconstructivo») de la obra de PENDÓN, si bien este autor demuestra en el desarrollo de su construcción que se encuentra muy alejado de la simplificación de que en ocasiones adoleció la recepción de la doctrina italiana de los años treinta y la inmediatamente posterior a 1942 entre nuestros autores.

En efecto, de acuerdo con la enumeración «descriptiva» que este ordenamiento ha realizado del *contenido* de los documentos en cuestión, éstos atribuirían a su titular un derecho de crédito a la entrega de las mercancías, la posesión de estas mismas mercancías y la facultad de disponer de ellas (58). En realidad estos tres elementos se sitúan en planos muy diferentes: indudablemente el título incorpora el «crédito a la restitución». En cambio, decir que incorpora la «posesión» oscurece el significado de lo que es específico de ellos. La posesión es, en principio, una situación fáctica de señorío que una persona ejerce bien directamente o bien de forma mediata sobre una cosa (59). Si se debe considerar que, además de acreedor, el titular de un título de tradición es poseedor mediato de las mercancías, no es porque la ley le atribuya esa condición (60), sino simplemente porque es titular del crédito a la restitución de unas mercancías que se encuentran en poder de un poseedor inmediato (el porteador o el depositario) que se reconoce como mero mediador posesorio frente al acreedor. De hecho, si faltaran los requisitos materiales que permiten identificar como poseedor mediato al acreedor de la prestación, el titular del documento no sería poseedor de las mercancías por mucho que la ley le reconociera ese carácter. En este sentido, no se comprende qué es lo que la atribución legal de esa posesión añadiría a la situación fáctica y jurídica preexistente. La atribución al titular del documento de la posesión mediata se reduce, por tanto, a una mera descripción de una situación de señorío. Esta descripción, por lo demás, se realiza desde una perspectiva estática de la situación posesoria del titular que muy poco contribuye a comprender la verdadera significación de estos títulos. Lo que de verdad interesa es ver cómo se transmite esa posesión y su eficacia en la transmisión de derechos reales sobre las mercancías, que es la función económica que tratan de satisfacer estos documentos (61). En fin, los heterogéneos planos en los que se ubican los diferentes elementos de aquella enumeración de las facultades que configurarían el contenido de estos títulos se aprecian especialmente cuando, en tercer lugar, se hace referencia a la «facultad de disposición» sobre las mercancías que correspondería al propietario de los títulos representativos. En realidad, este poder o facultad de disposición o bien sólo se está refiriendo a la función económica (y no, en ningún caso, a los rasgos tipológicos de caracterización normativa) del documento, o bien se limitaría a reflejar una afirmación superflua, dado que la facultad de disponer no sería sino la que corresponde a todo

(58) Para una crítica a este «elenco» de derechos y facultades que los títulos de tradición pretendidamente atribuirían a sus titulares vid. RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 80 y ss.; una muy interesante elaboración de la doctrina italiana en la que recientemente se ha tratado de atribuir pleno valor normativo al triple «contenido» del documento mencionado en los citados preceptos, evitando su mero valor definitorio, es la que ha realizado RESCIGNO, *Titoli rappresentativi e circolazione delle merci, passim*, p. ej. 61.

(59) Tan sólo en el supuesto de la posesión incorporal del depojado se reconocen en favor de quien no es poseedor (precisamente porque ha sido despojado de esa posesión) ciertos efectos —la tutela interdictal— que son característicos del poseedor (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, Barcelona 1979, p. 33).

(60) No obstante, PENDÓN, *Los títulos representativos*, pp. 332 y ss. y allí amplias referencias para la doctrina española mayoritaria, si bien posteriormente se ve obligado a reconocer que en los supuestos de pérdida de la posesión mediata también el titular del conocimiento de embarque pierde su condición de poseedor de las mercancías.

(61) RECALDE, *ob. cit.*, p. 104. De este inconveniente es consciente RESCIGNO, *Titoli rappresentativi*, pp. 27 y ss. y 118, cuando reclamaba una visión funcional y dinámica de estos documentos como instrumentos para la disposición de las mercancías.

acreedor respecto de su derecho que, en principio, no está sometido a ninguna prohibición de disponer (62).

2. Como decíamos, nos parece que el punto de partida debe ser de carácter «funcional»; se trataría de analizar cómo estos documentos operan la *traditio* de las mercancías, máxime en un ordenamiento como el nuestro en el que a la *traditio* se condiciona la transmisión de derechos reales. Situados, por tanto, en este plano traslativo, veamos cuáles son las posibles alternativas existentes en el Derecho común capaces de explicar la *traditio* realizada por medio de títulos de tradición, para, a continuación, y a la luz de las funciones que cumple la tradición, valorar cuál de las modalidades es la más adecuada para explicar esta forma de «entrega».

Por lo que al primer problema respecta, la doctrina alemana —indudablemente la más útil desde la perspectiva de un ordenamiento en el que también la entrega es condición para transmitir derechos reales— ha elaborado diferentes construcciones teóricas con las que se trataba de explicar los presupuestos y el alcance de la equivalencia entre la transmisión de estos títulos y la *traditio* de las mercancías (63). La «teoría relativa» vendría a señalar que no existe un modo especial de *traditio* al margen de los establecidos en el Derecho común; la que realiza el transmitente de un título de tradición no sería sino la entrega de aquella posesión mediata que corresponde al acreedor del crédito a la restitución de que es titular al propietario del título, «entrega» que, por tanto, se sometería a las normas del Derecho civil aplicables a la transmi-

(62) Tal como reconoce PENDÓN, *ob. cit.*, p. 347. Sin embargo, vid. RESCIGNO, *Titoli rappresentativi*, 61, p. 118, para un intento por parte de la moderna doctrina italiana de dotar de un sentido normativo propio a esta «facultad de disposición» a la que se refiere su legislación, entendiéndola como la atribución legal a la transmisión de las mercancías realizada a través de estos documentos de un valor superior a la que se reconoce a la entrega de la posesión mediata (*ob. cit.*, p. 55). Debe advertirse que, de esta manera, nos estaríamos situando ante el reconocimiento de una forma específica de transmisión que se añadiría a los «modos» del Derecho común, lo que, sin embargo, tradicionalmente se ha rechazado en vía de principio en la doctrina italiana (*ob. cit.*, p. 37), aunque RESCIGNO sí reconoce esta especialidad en el plano de las adquisiciones *a non domino* (*ob. cit.*, p. 40; y también RECALDE, *ob. cit.*, pp. 84 y ss.).

(63) Para una exposición más amplia en torno a las diversas «teorías» de los títulos de tradición vid. RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 65 y ss.; siguiendo estas indicaciones TOMILLO, *El depósito en almacenes generales*, pp. 271 y ss., nt. 366. En su momento advertimos que la recepción de la clasificación de las diferentes teorías de los títulos de tradición no se había producido de manera directa en la doctrina española, sino que era el fruto de una no siempre correcta trasposición de la clasificación germana a través del tamiz italiano. Pero en este país se contemplaba la «posesión» de las mercancías del titular del documento no desde una perspectiva dinámica (a partir de la forma en que se realiza la entrega de la referida posesión) sino en un plano estático (atendiendo a las diversas clases de posesión de que pudiera ser titular el propietario del documento). Esta despreocupación por la *traditio* es comprensible en el ordenamiento italiano o en el francés, dado que en ellos la entrega no es requisito para la transmisión de Derechos reales, al estar vigente un sistema de transmisión por el mero consentimiento (RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 61 nt. 31 y 104 y ss.). Pero esta perspectiva no es compartible en un ordenamiento como el nuestro, en el que la transmisión de derechos reales requiere la *traditio*. Desde la función dispositiva que cumplen estos documentos, es la «tradición» lo que se trata de satisfacer con ellos. De ahí que lo relevante no sea tanto las «clases de posesión», cuanto los modos de «entrega o tradición». No obstante, PENDÓN (*Los títulos representativos*, p. 344), al prescindir del estudio de la doctrina alemana, sigue anclado en esta tradicional forma de comprensión estática del problema. En cambio, MORALES MORENO (*Posesión y usucapión*, p. 244) cuando se ocupaba de la posesión mediata y de su entrega a través de la transmisión de los títulos de tradición, lo hacía ya a los efectos de situarla dentro de las formas de «entrega» «espiritualizada» contempladas en el Derecho común (también DÍAZ MORENO. «Títulos de tradición», en Jiménez Sánchez, dir., *Derecho mercantil*, p. 679).

sión de la posesión mediata. Por ello, no se produciría la *traditio* de las mercancías si en el transmitente no concurrían los presupuestos para considerarlo poseedor mediato. La «teoría absoluta», por su parte, consideraba la transmisión de los títulos de tradición como una nueva forma de *traditio* que se añade a las formas de entrega del Derecho común; ello se reflejaría, en cuanto a los efectos, en la equivalencia entre la transmisión del documento y la entrega material de las cosas. La «teoría intermedia» o «representativa» coincide con la «teoría absoluta» en considerar la transmisión de los títulos de tradición como una forma especial de entrega; pero, por otro lado, esta «teoría representativa» comparte con la «teoría relativa» la idea de que el presupuesto de la entrega sería la condición de poseedor mediato de las mercancías en el transmitente. En fin, una reciente reconsideración del problema realizada en la doctrina alemana ha tratado de explicar el supuesto enmarcándolo dentro de las formas de entrega del Derecho común y, en particular, dentro de la «cesión de la pretensión de entrega» en que se fundamenta la posesión mediata, si bien lo destacable es que la incorporación de esa «pretensión» restitutoria a un título-valor repercute en alguno de los efectos aparejados a la tradición de la mera posesión mediata (64).

Planteadas las cosas de esa manera, debe, en primer lugar, analizarse cuáles son las formas de tradición en el Derecho español y, en particular, si existe la posibilidad de una *traditio* sin entrega material de las cosas. Como regla general, esta entrega se produce tanto cuando la cosa se pone en poder y posesión del adquirente (art. 1462 Cc), como cuando lo que el *tradens* entrega al adquirente son las llaves de un inmueble o las llaves del lugar en donde se encuentran depositados determinados muebles; ciertamente, en todos estos supuestos el adquirente obtiene el poder de acceder de forma exclusiva a las cosas (65). Pero también se produce «tradición» en caso de adquisición de la posesión mediata por cesión de la pretensión de restitución que tiene el poseedor mediato frente al poseedor inmediato (66). Esta *traditio* de la posesión mediata se resume, por tanto, en la cesión de un crédito y, como toda cesión de crédito, se realiza *solo consensu*, no siendo necesaria formalidad alguna (67). En este sentido, la tradición de la posesión mediata puede enmarcarse en el segundo inciso del artículo 1463 Cc, que prevé que «por el sólo acuerdo» se pueda «entregar» la cosa, cuando, al menos, el *tradens* tenga la posesión mediata.

Este es el marco genérico en el que debería ubicarse la entrega de las mercancías realizada a través de la transmisión de los títulos de tradición. Pero para determinar sobre qué presupuestos y con qué efectos se produce aquella entrega, convendría hacer una breve referencia previa a la función o funciones de la *traditio*. Ésta refeja, por un lado, un «signo externo de reconocibilidad» al que se atribuye una función publicitadora del evento traslativo; al no cumplir todo tipo de posesión una similar función legitimado-

(64) HUECK/CANARIS, *Recht der Wertpapiere*, p. 296; ZÖLLNER, *Wertpapierrecht*, 13. Aufl., München 1982, p. 150; otras referencias en RECALDE, *ob. cit.*, p. 73, nt. 60.

(65) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III-1, p. 146; MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, p. 200; MIQUEL, voz «Tradición», *EJB*, p. 6605.

(66) MIQUEL, voz «Tradición», p. 6605; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 95 y ss.

(67) PANTALEÓN, en Paz-Ares/Díez Picazo/R. Bercovitz/Salvador, *Comentario del código civil*, II, Madrid 1991, art. 1526.V, p. 1024.

ra o aparential (68), es lógico que exista una cierta jerarquía entre las diversas formas de entrega o tradición (69). Ello explica que la transmisión realizada a través de la tradición de la posesión mediata haya de decaer frente a la transmisión efectuada en favor de un segundo adquirente que recibió de buena fe la posesión inmediata del bien (art. 1473 Cc). Además de esta función, la *traditio* o entrega pretende proporcionar al adquirente el control de la cosa y privarle de él al transmitente (70). Pero lo decisivo en la tradición es, más que el contacto físico del adquirente con la cosa, la posibilidad del *accipiens* de acceder a ella sin obstáculos (71).

3. Llegados a este punto (72) conviene, ahora sí, emplazar dogmáticamente la «entrega» de las mercancías que se realiza a través de la transmisión de títulos de tradición dentro de las formas de entrega del Derecho común. En principio, los títulos de tradición, como ya sabemos, son documentos que incorporan un derecho de crédito: el crédito a la restitución de las mercancías que surge en función de un contrato de transporte o de depósito. Se trata, además, de una típica pretensión restitutoria en base a la cual se puede calificar a su titular como poseedor mediato (73). De esta forma, sin embargo, la transmisión de los títulos de tradición nada habría añadido a las formas de tradición del Derecho común, en particular, nada añadiría a la mera transmisión de la posesión mediata realizada a través de la cesión del crédito a la restitución de las mercancías en que se basa aquella posesión mediata (art. 1463 Cc).

Pero, por otro lado, aunque el titular de un título de tradición pueda ser calificado como poseedor mediato y la transmisión del documento como una transmisión de la posesión mediata, es indudable que el «supuesto de hecho

(68) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Madrid 1978, p. 554.

(69) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 656 y ss.

(70) MIQUEL, voz «Tradición», *EJB*, p. 6602.

(71) MIQUEL, voz «Tradición», *EJB*, p. 6605. En este sentido, no es nada útil hablar de una *traditio* simbólica, a pesar de lo extendido de esta expresión entre los teóricos clásicos de los títulos de tradición (así *vid.* referencias en RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 47 y ss.; no obstante, insiste en esta expresión recientemente, sin precisar en qué consistiría esa «tradición simbólica», PENDÓN, *Los títulos representativos*, p. 339, nt. 102). La doctrina civilista tan sólo contempla formas de tradición simbólica en relación con la transmisión de «bienes incorpóreos» (derechos), respecto de los cuales propiamente no cabe una entrega o tradición (art. 1464 Cc) y, muy matizada y discutidamente, en relación con la «tradición instrumental» referida a bienes inmuebles (art. 1462.II Cc) (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III-1, pp. 147 y 145 y ss.; MIQUEL, voz «Tradición», *EJB*, pp. 6605 y ss.).

(72) En la obra de PENDÓN, *Los títulos representativos*, no se parte en ningún caso de este tipo de planteamientos, al margen de la calificación de la transmisión de los títulos de tradición como una tradición simbólica (p. 339). En cambio, sí en TOMILLO, *Los almacenes generales de depósito*, pp. 272 y ss., quien, como se verá, aun reconociendo que «con carácter general, la transmisión de los títulos de tradición no implica en el derecho español un supuesto singular de *traditio* distinto y paralelo al de las formas contempladas por el Código civil», se señala que en el caso de los títulos de depósito sí que existiría esta forma especial de *traditio*, cuestión sobre la que luego se volverá (*infra* V).

(73) PENDÓN, *Los títulos representativos*, p. 95, nt. 213: «en los ordenamientos en los que, como el español, no existe precepto legal que consagre el significado y el alcance de la representatividad —por lo que la atribución de la posesión mediata tampoco se produce como mandato de la ley, a diferencia de cuanto sucede en el ordenamiento italiano—, la posesión mediata encuentra su fundamento en una pretensión de entrega por el poseedor directo de la mercancía». Ya antes advertimos (*supra* texto *apud* notas 56 y ss.), sin embargo, que con la atribución de la posesión de las mercancías al titular del documento que realiza el ordenamiento italiano nada se añade a una situación que deriva de la condición de acreedor de un crédito restitutorio y de otras circunstancias fácticas que reflejan el señorío —siquiera mediato— entre una persona y una cosa.

aparencial» o el «signo externo de reconocibilidad» es algo más intenso en este caso que en el supuesto de la mera cesión de una pretensión de entrega. Así ocurre desde el momento en que el crédito se incorpora a una cosa mueble: el papel que sirve de soporte cartular.

Pero más que en este plano, la mayor virtualidad de los títulos de tradición se aprecia en relación con la otra función de la tradición anteriormente resalada: como mecanismo que atribuye el control de la cosa al *accipiens* y priva de él al *tradens*. Pues bien, en este sentido, debe recordarse que los títulos de tradición son títulos-valor y, como tales, documentos cuya presentación es necesaria para el ejercicio del derecho a ellos incorporado. En efecto, a partir de la expedición de un título-valor, el deudor emite condición el cumplimiento de la obligación que ha asumido (en el caso de los títulos de tradición la obligación de restituir las mercancías que se encuentran en su poder en virtud de un contrato de depósito o de transporte) a la presentación y rescate del documento. Éste le sirve al acreedor para legitimarse como tal y sin su exhibición y ofrecimiento al deudor no podrá obtener las cosas.

Indudablemente esta configuración ofrece una muy significativa confianza al adquirente de un título de tradición, quien, en cuanto se encuentra en poder del documento, tiene la garantía de que dispone del único medio de legitimación que le permitirá reclamar del deudor la entrega de las mercancías y acceder a su posesión material. Esta es la razón, por la que entendemos que de entre las propiedades normativas de los títulos-valor la esencial a los títulos de tradición es la más genérica de todas ellas: la «legitimación por la posesión» que deriva de su consideración como título de presentación y rescate (74). Sólo aquellos documentos cuya presentación es necesaria para hacer valer el derecho en ellos incorporado pueden desarrollar esta «eficacia traslativa» en sentido estricto, pues sólo el que adquiere el documento tiene la seguridad de disponer del instrumento imprescindible para obtener la entrega.

Por esta misma razón, debe concluirse que la «carta de porte» y los documentos a ella asimilados (duplicados de la carta de porte, talón de ferrocarril, etc.) característicos del transporte terrestre o del aéreo no puedan ser considerados ni como títulos-valor, ni como títulos de tradición. En contra de lo que tradicionalmente ha entendido la doctrina española y ha seguido manteniendo

(74) RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 110 y ss.; DÍAZ MORENO, «Títulos de tradición», en Jiménez Sánchez dir., *Derecho mercantil*, p. 679. En las dos obras que aquí están siendo comentadas, aunque no se haga una afirmación expresa en este sentido, parece intuirse la vinculación básica existente entre la eficacia traslativa de los títulos de tradición y su configuración como títulos de legitimación, cuya presentación, por el acreedor, y rescate, por el deudor, es esencial en el momento del cumplimiento: así en la de PENDÓN (*Los títulos representativos*) se señala que, aunque derecho a la devolución y representatividad no son una misma cosa, pues ésta se reflejaría en otros fenómenos como es la atribución de la posesión, «el fundamento de la posesión del legitimado *ex titulo* se encuentra en la confianza —propia y de los terceros— en la restitución de las cosas entregadas para el transporte, y se articula a través de un derecho de crédito, atribuido al poseedor del documento, en virtud del cual el poseedor inmediato de las mercancías (el porteador) asume, a la vez que la obligación de su devolución —contra la presentación del papel—, la obligación de poseer por cuenta de aquél» (p. 219); se indica también que «el fundamento de la eficacia representativa se encuentra en la *incorporación* en el título del derecho de crédito a la devolución de la mercancía» (p. 315); o que «sólo el poseedor regular del título, en cuanto legitimado para el ejercicio del derecho, podrá obtener la restitución de la mercancía» (p. 339); o cuando (p. 346), por último, PENDÓN se adhiere a una teoría relativa matizada por la incorporación del crédito restitutorio a un título-valor; *vid.* también la cita que antes incluíamos en nota 31 y en texto. También TOMILLO, *Los depósitos de mercancías en almacenes generales*, p. 274.

PENDÓN (75) hace ya un cierto tiempo que venimos poniendo de relieve que en la práctica totalidad de los ordenamientos de nuestro entorno y en los convenios internacionales sobre el transporte de mercancías aéreo, por carretera o por ferrocarril, la consideración de las cartas de porte como títulos-valor representativos constituye una posición absolutamente minoritaria, por no decir inexistente (76).

A la misma conclusión se debe llegar también con relación a la extensión en numerosos sectores del tráfico marítimo de un esquema documental idéntico al propio de las «cartas de porte»; me estoy refiriendo a la amplia difusión del fenómeno de los *seawaybills* (77). Efectivamente, esta nueva forma de documentación ha ido paulatinamente sustituyendo a los conocimientos de embarque por diversas razones. En primer lugar, porque a menudo no resulta necesario utilizar un instrumento de ágil y sencilla disposición de las mercancías durante el tiempo de transporte, pues el período de «inmovilización» económica derivado de que las cosas no se encuentren en poder de su titular sino de un tercero (el porteador) se ha visto muy reducido, como consecuencia de que los avances técnicos han incrementado significativamente la velocidad de los medios de transporte. Por otro lado, las garantías de las partes en las relaciones contractuales internacionales tienden a ser de naturaleza personal más que jurídico-real. Pero, sobre todo, la extensión en el tráfico marítimo de los documentos «no negociables» se explicaría porque la configuración de la documentación típica de este sector sobre la base de los caracteres de los títulos-valor puede representar más un obstáculo al rápido funcionamiento del tráfico que un instrumento de agilización y simplificación del mismo. En efecto, al configurarse el conocimiento de embarque como un título de presentación necesaria en ocasiones al porteador le resultará imposible proceder a una entrega rápida de las mercancías. Este riesgo se puede producir, por ejemplo, cuando, llegadas las mercancías al lugar de destino, el destinatario no dispone todavía del documento sin cuya presentación no conseguirá que el porteador le remita las mercancías (78).

(75) PENDÓN, *Los títulos representativos*, pp. 233 y ss., y allí referencias a la posición ampliamente extendida en la doctrina española en el mismo sentido.

(76) En la doctrina comparada tan sólo algún sector de la italiana ha mantenido que las «cartas de porte» son títulos de tradición; aunque también en este caso se trata de una posición claramente en retroceso, como parece intuir el mismo PENDÓN, *ob. cit.*, p. 314, nt. 8 (aunque, por contra, en p. 238 nt. 18 mantenía que en el Derecho italiano el *duplicato della lettera di vettura* poseía eficacia representativa). Con el fin de no repetir páginas ya escritas, para otras consideraciones en torno a la doctrina italiana sobre la materia, y para la posición de la doctrina alemana, belga, francesa, inglesa o sueca, así como para el régimen de los convenios internacionales del transporte en el mismo sentido (convenios de los cuales, por otro lado, España forma parte) me permito remitir a lo que ya indiqué en RECALDE, *RGD*, n.º 606, 1995, pp. 2232 y ss.; y, ya antes, RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 242; *id.* voz «Carta de porte», *EJB*, pp. 944 y ss.; esta posición contraria a la calificación de las cartas de porte como títulos-valor anteriormente la había mantenido EIZAGUIRRE (*RDM* n.º 163, 1982, 30 nt. 78 y 63 nt. 195; y ahora en *RDBB*, n.º 37, 1995, p. 44), e intuido el mismo GARRIGUES (*Tratado de Derecho mercantil* II, p. 781) o SÁNCHEZ ANDRÉS, *Comentario del Código civil*, dir. Paz-Ares/Diez Picazo/R. Bercovitz/Salvador, II, Madrid 1991, art. 1601.II.2, p. 1217.

(77) *Vid* RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 394; *id.* voz «Seawaybill», *EJB*, p. 6069; *id.* en AA.VV. *La reforma del Derecho marítimo*, pp. 174 y ss.

(78) Ello es una de las razones que explica la proliferación de «cartas de garantía» del consignatario, fenómeno ampliamente criticado por lo que tiene de perturbador del tráfico y desnaturalizador de los títulos-valor (RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 380; PENDÓN, *Los títulos representativos*, pp. 148 y ss.).

Ahora bien, debería advertirse que de las dos funciones de la tradición antes avanzadas (pérdida —por el *tradens*—, y adquisición —por el *accipiens*— del control sobre la cosa), la entrega de la «carta de porte», aunque no sea un título-valor que permita al adquirente obtener el control sobre las mercancías y disponer de ellas de manera excluyente y exclusiva, sí puede, en cambio, cumplir la primera función de la *traditio*, es decir, la que se refiere a la pérdida por el transmitente del control. Ello es lo que permite comprender la habitual utilización que de ellas se hace en el tráfico de mercancías y la confianza que en las mismas depositan las partes en las transacciones internacionales. En efecto, al margen de que el adquirente no obtenga un control exclusivo sobre los documentos —tal como, por contra, sucede cuando adquiere un título-valor—, en la configuración típica que de las cartas de porte se hace en el Derecho del transporte su entrega al destinatario sí que bloquea toda posibilidad de control que pudiera tener el transmitente.

Veamos cómo sucede esto. La calificación del transporte como un contrato de obra determina el reconocimiento en favor del cargador de un derecho a modificar el contrato («derecho de disposición» o de «contraorden») (79). Pero tanto en la disciplina española sobre el contrato de transporte (*vid.* arts. 360 y 712 Ccom), como en la regulación internacional de las diversas modalidades de este contrato (80), el ejercicio de este *ius variandi* que permite al cargador modificar la configuración inicial dada a la relación contractual durante el tiempo en que el transporte se está ejecutando, se condiciona a la presentación al porteador de la «carta de porte». Ciertamente, el adquirente de estos documentos no obtiene la facultad de «disponer» de las mercancías conforme al régimen de los títulos-valor, pero sí que puede bloquear o paralizar las posibilidades de ejercicio del *ius variandi* por parte del cargador (81). De esta manera estos documentos, aunque no facilitan al adquirente una disponibilidad «positiva», sí que cumplen la función negativa de privar al *tradens* del control de las mercancías (82). En consecuencia, las cartas de porte —y probablemente los demás documentos no negociables del transporte—, al margen de que no puedan desarrollar la eficacia traslativa en sentido estricto que cumplen los estrictos títulos de tradición en su condición de títulos-valor, sí que cumplen esa otra función característica de la *traditio*: el bloqueo de toda disponibilidad de disponer de las mercancías por parte del que realiza la «entrega». Ello explica su amplia utilización en las ventas con expedición de mercancías y en los créditos documentarios.

4. Con brevedad nos vamos a referir a otros presupuestos que, al margen de la configuración de los títulos de tradición como títulos-valor de presenta-

(79) RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 221 y ss. Con carácter general para el *ius variandi* en el contrato de obra art. 1594 Cc. Es extraño que la obra de PENDÓN no se haga sino una muy breve y tangencial referencia (pp. 240 y ss.) a una cuestión como ésta del «derecho de disposición» del cargador que tanto relieve tiene en la eventual consideración de las cartas de porte como «títulos representativos».

(80) Referencias en RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 240 y ss.

(81) RECALDE, *ob. cit.*, pp. 247 y ss.; *id.* RDM, n.º 215, 1995, pp. 41 y ss.; *id.*, ya antes, «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías en el transporte marítimo», RDM n.º 193-194, 1989, pp. 759 y ss.

(82) GRÖNFORS, *Cargo Key Receipt and Transport Documents Replacement*, Goteborg 1982, p. 51; BASEDEOW, «Dokumentlose Wertbewegungen im Gütertransport», en VV.AA. *Abschied vom Wertpapier?*, Neuwied/Frankfurt, 1988, pp. 74 y ss.; GORTON, «Legal functions of Transport Documents in Sales Financing», en VV.AA. *Modern Transport and Sales Financing*, Gothenburg 1974, pp. 53 y ss.; otras indicaciones en RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 217.

ción necesaria, contribuyen a que de su transmisión pueda predicarse la eficacia traslativa o representativa en sentido estricto. Es decir, se tratará de determinar cuáles son los requisitos que debe satisfacer aquella transmisión para considerarla equivalente a la «entrega de la cosa» en orden al cumplimiento de la función que en el ordenamiento español tiene adjudicada la *traditio* en la transmisión de derechos reales.

En tanto la referida *traditio* se habría de reflejar en la entrega de una posesión mediata, para que así fuera se requeriría que en el momento en que transmite el documento el transmitente fuera poseedor mediato de las mercancías. Para identificar esta forma de posesión es necesario que el poseedor sea titular de una pretensión válida (o, al menos, aparentemente válida) a la restitución de las mercancías; pero también presupone que el emitente del documento —directamente o a través de un tercero— se constituya en poseedor inmediato de las mercancías y se reconozca obligado a entregarlas al acreedor; debe, además, conservar esta posición de mediador de la posesión en el momento en que se transmitió el documento (83).

Ahora bien, aquello que se entrega es, en todo caso, la posesión mediata de las mercancías que se encuentran en poder material del porteador o del depositario. Por ello, hay ciertos supuestos en los que no cabe entender que se produzca el consabido paralelismo o equivalencia entre la transmisión del título y la entrega de las mercancías. Efectivamente, no puede operar tal equivalencia cuando previamente a la transmisión del documento se hubiera realizado un acto de disposición sobre las mismas mercancías en favor de un tercero de buena fe, habiendo obtenido éste la posesión inmediata de las cosas. En tal caso se habría producido una adquisición *a non domino* (art. 464 Cc) en perjuicio del poseedor mediato y propietario del documento (84). Todo poseedor mediato corre el riesgo de verse defraudado en su titularidad sobre la cosa cuando el poseedor inmediato dispone de ella en favor de un tercero que la adquiere obrando de buena fe, es decir, confiando en la titularidad del

(83) RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 125 y ss., sobre la base de la doctrina alemana (en la misma línea en la reciente doctrina italiana, RESCIGNO, *ob. cit.*, p. 61); *vid.* también allí (esp. 134 y ss.) importantes matizaciones en relación con determinados casos especiales en los que, aun pudiéndose apreciar la desaparición de la posesión mediata, se puede, sin embargo, seguir entendiendo que la transmisión de las mercancías con efectos jurídico-reales opera a través de la transmisión de los títulos de tradición: p. ej., cuando el transmitente del título no era en realidad poseedor mediato de las mercancías (porque halló o sustrajo el título) y, por tanto, el tercero adquirente de buena fe del citado documento no podría considerarse que obtenga la citada posesión mediata; o en caso de «intervención» del concepto posesorio por el mediador, circunstancia que igualmente repercute en la pérdida de la posesión mediata por parte del acreedor, aunque no debería impedir la adquisición de derechos reales por el adquirente de buena fe del título.

(84) No se puede ignorar, es obvio, el discutido alcance que la doctrina civilista española ha venido atribuyendo al art. 464 Cc, así como la polémica en torno a la posibilidad de reconocer en él un caso de adquisición *a non domino*, o al mismo concepto de «privación ilegal» como límite a los efectos de esta forma de tutela de los terceros de buena fe. Sin entrar en la citada polémica permítaseme citar solamente los más relevantes trabajos en contra de la interpretación germanista a la que nos adherimos en el texto que es, además, la mayoritaria en la civilística española; así desde distintas perspectivas y, ciertamente, con matices diferentes *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464», en *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona 1963, pp. 293 y ss.; MIQUEL, *La posesión de bienes muebles (estudio del art. 464-1 del Código civil)*, Madrid 1979, *passim* (no obstante, en la jurisprudencia, también por la opción germanista STS 25-II-92, Ar. 1549, Pnte. Gullón).

transmitente. Lo mismo sucede en el caso de la posesión mediata que deriva del crédito restitutorio incorporado a un título de tradición (85).

Debe advertirse que si se produjera la entrega de la posesión inmediata de las mercancías en favor de un tercero de buena fe, lógicamente, la posterior transmisión del título no conllevará la atribución al adquirente de éste de una posesión mediata de las mercancías de la que ya carecía. El adquirente del documento tan sólo habría adquirido el crédito a la entrega. Este crédito, al no poder ser satisfecho en especie —por no encontrarse el deudor en disposición de entregar una cosa que no tiene ni puede recuperar—, generará la correspondiente responsabilidad del deudor (86). Por lo tanto, en estos casos el adquirente no habrá obtenido posesión alguna, ni, en consecuencia, dispondrá de los medios de defensa propios del poseedor (interdictos), ni, en fin y sobre todo, se habrá producido la *traditio* necesaria para la adquisición del dominio; por ello, en principio tampoco podrá ejercitar las acciones reales (reivindicatoria) destinadas a la defensa de un derecho que nunca llegó a obtener. La ausencia de *traditio* y la consiguiente imposibilidad de adquirir el dominio se debe mantener, además, tanto cuando el poseedor inmediato que obtuvo las mercancías antes de la transmisión del título actuó de buena fe, como incluso cuando no fue así, por lo que no habrían concurrido en él los requisitos para una adquisición *a non domino*. El portador del título no puede ejercitar los interdictos de defensa de la posesión o la acción de defensa de un derecho real de dominio, pues nunca llegó a tener tal posesión ni a ser titular de propiedad alguna. La legitimación para el ejercicio de estas acciones reales sólo podría reconocérsele a partir de la correspondiente «cesión» de las mismas (87). Por el contrario, no existiría ningún inconveniente para que el titular del documento ejercitara estas acciones frente al tercero si éste no actuó de buena fe al recibir las mercancías, cuando la adquisición por el tercero de la posesión inmediata fue posterior a la adquisición del documento, pues en tales casos el propietario del título sí que habría llegado a ser poseedor mediato y, eventualmente, dueño de las mercancías. En consecuencia, la legitimación para el ejercicio de estas acciones reales está justificada, porque realmente sufre el despojo de un derecho que llegó a adquirir con el documento.

5. Por lo que se refiere a los *efectos derivados de la transmisión del título de tradición*, éstos serían, en principio, tan sólo los que se vinculan a la entrega de una posesión mediata. No obstante, la incorporación en un título-valor de la pretensión de restitución en que se basa aquella posesión mediata incide, lógicamente, en el reforzamiento de la seguridad del tráfico y de la posición del adquirente. La citada incorporación cartular trae consigo el sometimiento de la transmisión del crédito, que conlleva la de la posesión mediata de las mercancías, al particular régimen previsto para esta clase de

(85) RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 148 y ss.

(86) Mi afirmación de que lo que es siempre esencial a estos documentos es la incorporación al título de un «crédito» encuentra, así, su justificación tanto en estos supuestos como en aquellos en los que la imposibilidad de un cumplimiento en especie se produce con motivo de la destrucción de las mercancías imputable al deudor; lo mismo puede decirse respecto de aquellos supuestos en que el portador emitió un «conocimiento limpio» en el que se describen mercancías que eventualmente nunca recibió, riesgo de fraudes que desgraciadamente no resultan nada inhabituales en los transportes por medio de contenedores (TODD, *Bills of Lading and Banker's Documentary Credits*, 2nd. ed. London *et al.*, 1993, p. 172) dada la dificultad existente para que en esta modalidad de transporte el conocimiento pueda cumplir la función probatorio a la que antes (*supra* III.2) nos referíamos.

(87) Con matices RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 136 y ss.; DÍAZ MORENO, «Títulos de tradición», en Jiménez Sánchez dir., *Derecho mercantil*, p. 681.

documentos, y no a la normativa *solo consensu* aplicable a la cesión de la prentensión que se realizara conforme al régimen del Derecho común sobre cesión de créditos.

Si puede identificarse una consecuencia de cierto relieve y peculiar a la *traditio* realizada a través de la transmisión de títulos de tradición, ésta consistiría en que, al circular el documento conforme al régimen de los títulos-valor, a la referida transmisión se pueden atribuir las notas que son propias de la circulación de los derechos incorporados en estos documentos. Y es aquí donde debe recordarse que una de las propiedades o características de los títulos-valor es precisamente la tutela jurídico-real que se ofrece al adquirente de buena fe del documento. Como ya antes se indicó, en virtud de esta protección, a la adquisición de buena fe del documento realizada conforme a su propia ley de circulación, se une la adquisición del derecho incorporado como si de la cosa misma se tratase, y esta adquisición del derecho se produce incluso cuando el transmitente no fuera el propietario del documento (arts. 545 Ccom y 19.II Ley Cambiaria y del Cheque). El adquirente de buena fe del título se ve protegido, por tanto, frente al riesgo de que el antiguo portador del documento no fuera titular del derecho en él incorporado (adquisición *a non domino* del documento y del derecho en él incorporado).

Debe recordarse, además, que el régimen de la circulación de los títulos-valor que permite la adquisición *a non domino* del papel y del derecho, ofrece una tutela más intensa al adquirente del título que incluso la que se reconoce en el Derecho civil al adquirente de buena fe de una cosa mueble (art. 464 Cc). En efecto, la transmisión de las mercancías a través de estos documentos permite la adquisición *a non domino* por parte del tercero de buena fe aun en el caso de «privación ilegal» del documento. Así ocurre porque el límite de la «privación ilegal», a diferencia de lo que sucede en el Derecho común (art.

(88) RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 145 y allí referencias para la doctrina alemana en este mismo sentido (también DÍAZ MORENO, *ob. cit.*, p. 684, si bien invocando los arts. 464 Cc y 85 Ccom). En esta misma línea, recientemente se ha reconocido en la doctrina italiana una cierta especialidad de la transmisión de las mercancías a través de títulos de tradición a partir de la aplicación a esta forma de adquisición de las cosas del régimen de las adquisiciones *a non domino* propio de los títulos-valor (RESCIGNO, *Titoli rappresentativi e circolazioni delle merci*, pp. 49 y ss.). Este tipo de perspectiva se también el que caracteriza la contemplación de las especialidades ligadas a los títulos de tradición en ordenamientos mucho más conectados a una perspectiva práctica de los problemas del tráfico como es el caso del Derecho inglés o americano (RESCIGNO, *ob. cit.*, 56 nt. 11; RECALDE, *ob. cit.*, pp. 92 y ss.).

No es, por todo ello, comprensible, que en la obra de PENDÓN, aunque se haga una detallada referencia al juego de las propiedades o características de los títulos-valor en los títulos de tradición, no se mencione la tutela jurídico-real que disfruta el adquirente de buena fe del documento, cuando es en este ámbito, como hemos destacado, donde probablemente se produzca la especialidad más relevante (sino la única) de esta forma de transmisión frente al régimen del Derecho común. Tan sólo en las pp. 106-107 se señala, al hilo de la posibilidad de emitir duplicados del conocimiento de embarque, que «desde su consideración como título representativo por cuya virtud se puede operar la *traditio* de la mercancía» las consecuencias de la interpretación que se ofrece de los arts. 707 y 713 Ccom (con la que, por otro lado, básicamente coincidimos, pues es la que nosotros en su momento mantuvimos) no deberían ser sino las derivadas de la aplicación del régimen general sobre transmisión de los derechos reales, «según el cual la buena fe legítima al adquirente *a non domino* tanto del conocimiento de embarque como de la mercancía obtenida por su mediación»; a continuación el citado autor se remite (en nt. 253) para una ampliación y desarrollo de estas cuestiones al último capítulo de la obra, ampliación que, sin embargo, luego tan sólo se produce en la nota 117 y sin referencia alguna a los preceptos del Derecho de títulos-valor que contemplan esta propiedad. Por el contrario, sí que se contempla esta fundamental propiedad de los títulos-valor en relación con los títulos de depósito en la obra de TOMILLO, *Los depósitos de mercancías en almacenes generales*, pp. 286 y ss.

464 Cc), no se contempla en el régimen de los títulos-valor (arts. 19.II LCCh y 545 Ccom) (88).

Por lo demás, la adquisición *a non domino* de las mercancías a través de los títulos de tradición sólo es posible en la medida en que el adquirente obtenga la posesión, siquiera mediata, de las mercancías. Ello supone, una vez más, que, si en el momento en que se produce la transmisión del documento el transmitente no era poseedor mediato de las mercancías, tampoco el adquirente obtendrá ninguna posesión, lo que es condición imprescindible para adquirir *a non domino* la propiedad de las mercancías (89).

IV. LOS TÍTULOS DE DEPÓSITO EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS TÍTULOS DE TRADICIÓN

1. Detengámonos, finalmente, en la última cuestión a la que queríamos referirnos en estas páginas: la especialidad que los títulos de depósito comportan dentro de la categoría general de los títulos de tradición y, en particular, la especialidad de estos documentos en lo que a su eficacia traslativa o traditoria se refiere.

El contrato de depósito realizado en almacenes generales se caracteriza muy particularmente por el hecho de que el depositario emite títulos-valor que cumplen la función típica de los títulos de tradición, es decir, facilitar a su titular —en este caso al depositante y a los sucesivos adquirentes de los documentos— la disposición de las mercancías que se encuentran en poder del depositario emiteente del título.

Como ya se señaló —y TOMILLO destaca con particular detalle en el estudio evolutivo inicial—, nuestro ordenamiento se ha adscrito a un sistema de doble título en el que a cada uno de los documentos que se emiten en esta modalidad especial de depósito se atribuye una específica función: por un lado, el resguardo general de depósito estaría funcionalmente destinado a una transmisión plena de las mercancías (por ello se califica como título de dominio); por otro lado, cabe también la posibilidad de que de la matriz a la que va unido el resguardo se llegue a escindir un *warrant* lo que provocaría la separación del doble título, «emisión» (que se realiza a través de un pretendido «primer endoso») del *warrant* que debe efectuarse, por tanto, por quien era propietario del doble título. A partir de la citada «escisión», el *warrant* se configura como un título autónomo y apto para constituir un derecho de prenda sobre las mercancías depositadas, movilizandolas éstas como fuente de crédito y financiación (art. 16 RDL de 1917).

Ahora bien, la pignoración de las mercancías no agota el contenido del derecho incorporado al *warrant*; la prenda tiene siempre un carácter accesorio respecto del derecho de crédito que garantiza. En este sentido, el documento no sólo atribuye a su titular el derecho de prenda sobre las mercancías, sino también el derecho personal de crédito a la suma de dinero indicada en el título.

(89) Vid. RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 146 y ss., para más indicaciones y algunos matices respecto a supuestos especiales; p. ej., la «intervención» del concepto en que posee el poseedor inmediato, aunque lleva consigo la pérdida de la posesión mediata, hay razones para pensar que no debe impedir la transmisión de derechos reales a través del documento (*ob. cit.*, pp. 147 y ss.). En la más moderna doctrina italiana RESCIGNO, *Titoli rappresentativi*, pp. 53 y ss.

lo. El titular del *warrant* puede reclamar este crédito tanto frente al primer emiteente que escindió ambos documentos, como frente a los sucesivos endosantes del *warrant* (art. 24. RD 1917) que responden de la solvencia del deudor principal de forma diferente al típico efecto de garantía del endoso cambiario (art. 18 LCCh). Es, precisamente, este crédito dinerario el crédito garantizado por la prenda constituida sobre las mercancías a través del *warrant*, en favor del titular de este documento.

La consecuencia que se obtiene de este sistema es que la circulación separada de ambos títulos-valor no permite atribuir al titular de ninguno de ellos ni el dominio pleno ni la disponibilidad absoluta de las mercancías. El adquirente que tan sólo obtiene el *warrant* es consciente de que únicamente adquiere un derecho de crédito y una garantía pignoraticia sobre el mismo, que en caso de incumplimiento de aquel derecho de crédito habrá de ejecutar mediante la oportuna venta forzosa (90). Por su parte, la persona que tan sólo adquiere el «resguardo de depósito» puede apreciar por el hecho de recibir un documento del que ha sido desgajado el *warrant* y como consecuencia de que sobre el resguardo de depósito se debe consignar la pignoración (91), que su derecho se encuentra gravado por un derecho real limitado que recae sobre las mercancías, derecho que corresponde al titular del *warrant*. De esta manera el sistema del doble título permite al mismo tiempo tanto la circulación de las mercancías, como la obtención de financiación con la garantía de las mismas (92).

Frente a la ausencia de una expresa referencia legal a la «eficacia representativa» del conocimiento de embarque, circunstancia que es la que forzó a la doctrina a construir dogmáticamente esta característica a partir de las categorías generales del Derecho de cosas y de los títulos-valor, en el caso de los títulos de depósito sí que hace la Ley un explícito reconocimiento de esta función jurídico-real. Efectivamente, ya el artículo 195 Ccom indicaba que «el poseedor de los resguardos tendrá pleno dominio sobre los efectos depositados»; por su parte, el artículo 16. III del RDL señala igualmente que «la cesión del resguardo de depósito, sin hacer al propio tiempo la del resguardo de garantía o *warrant*, no dará derecho sino a disponer de los productos depositados con las limitaciones que consten en el contrato que este último garantice: la entrega del resguardo de garantía, sin llevar anexa la del resguardo de depósito, no transmitirá el dominio de los productos depositados, sino que significará solamente que quedan pignorados; y por último, la cesión de los dos

(90) La venta forzosa se realizará de acuerdo con las formalidades previstas en el art. 197 Ccom para la venta extrajudicial (TOMILLO, *Los depósitos en almacenes generales*, pp. 434 y ss.; GARCÍA VILLAYERDE, voz «Depósito en almacenes generales», *EJB*, pp. 2139 y ss.) o de conformidad con el procedimiento judicial sumario regulado en los arts. 92 y 93 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión si se cumplen los requisitos previstos en él (TOMILLO, *ob. cit.*, pp. 435 y ss.).

(91) Para el contenido de las indicaciones relativas a la pignoración que se deben transcribir en el resguardo *vid.* art. 21 RDL (cantidad objeto del préstamo, intereses, vencimiento del préstamo, nombre o razón social del acreedor, etc.) y las precisiones que al respecto hace TOMILLO (*Los depósitos en almacenes generales*, pp. 332 y ss.), en las que se presta una especial atención a los supuestos de discordancia entre las indicaciones del resguardo y las del *warrant*; a este respecto se señala (p. 335) que en caso de que no coincidan unas y otras indicaciones «la posición jurídica del tenedor del resguardo, aunque sea de buena fe, ha de ceder ante el *mejor derecho* que detenta el poseedor del *warrant*», lo que debe reconocerse que desvirtúa seriamente la configuración del resguardo como un título-valor que incorpora un derecho literal y abstracto.

(92) TOMILLO, *Los depósitos en almacenes generales*, pp. 288 y ss.

resguardos; representará la tradición absoluta de dominio, sin limitación alguna, de los referidos productos».

Una definición legal de los efectos traslativos de estos documentos tan tajante y radical no podía dejar de suscitar cierta polémica. De hecho, tradicionalmente una extendida corriente en la doctrina española ha venido considerando que «los términos del precepto son excesivos» (93). No obstante, esos mismos términos legales han dado lugar a que en la reciente aportación de TOMILLO a la teoría de los títulos de depósito se haya mantenido que el régimen de transmisión de estos documentos supone una modalidad especial de transmisión de derechos reales sobre las cosas depositadas y representadas en ellos, que permitiría diferenciar la manera en que opera la «eficacia traslativa» de estos títulos de tradición frente a la que desarrollan los títulos de transporte (94).

2. Lo cierto es que la teoría general de los títulos de tradición que en las páginas anteriores hemos tratado de resumir partía de la plena vigencia del sistema general establecido en el artículo 609 Cc en relación con las transmisiones que se realizan a través de esta clase de documentos. El único ámbito en el que los títulos de tradición desarrollarían su eficacia propia sería en relación con el «modo» representado por la tradición o entrega, pues a través de la transmisión del título de tradición —a partir de ciertos presupuestos y con ciertos límites— se entendería producida la *traditio* de las mercancías. Pero, por lo demás, sigue siendo necesario que la transmisión o la constitución de un derecho real sobre las mercancías embarcadas en el buque o entregadas al depositario se efectúe en virtud de un negocio jurídico dispositivo suficiente para realizar esa transmisión.

En relación con los títulos de depósito no parece ser ésta la opinión de TOMILLO, quien entiende que la transmisión del doble título (sin desgañamiento del *warrant*) o la del resguardo de depósito sería no sólo suficiente para transmitir el dominio de las mercancías, sino que éste sería un efecto que, además, se produciría de manera necesaria. De esta forma, la entrega de este documento equivaldría en principio siempre a la transmisión de la propiedad de las cosas depositadas. Efectivamente, se dice que «la propiedad no está representada *en* el título, sino que se transmite por ministerio de la ley *con* el título». No obstante, se reconoce que este pleno efecto traslativo del documento se produce «siempre que éste sea representativo de las mercancías depositadas». En este sentido, la «peculiaridad dentro de la categoría general de los títulos de tradición estriba en que la aplicación jurídico-real no depende de la *voluntad* de las partes manifestada en el negocio traslativo. En el ámbito de los títulos dominicales de depósito la aplicación jurídico-real viene establecida *por ley* (art. 16 RDL de 1917) desplazando el juego de la autonomía de la voluntad privada En este supuesto concreto, el RDL de 1917 crea una *forma especial de entrega* sustrayendo la *traditio* documental a la aplicación exclusiva del régimen traslativo común para atribuirle efectos distintos» (95).

(93) En este sentido PENDÓN, *ob. cit.*, p. 249, con amplias referencias al rechazo a la expresión del legislador por un importante sector de la doctrina (y, en particular, al rechazo de GARRIGUES, *Tratado* II, pp. 776 y ss., o de JIMÉNEZ DE PARGA, «El préstamo con garantía de título representativo de mercancías depositadas», *RDM* n.º 116 (1970), p. 233, 245) aun con alguna divergencia parcial hacia los posicionamientos de esta línea doctrinal.

(94) TOMILLO, *Los depósitos en almacenes generales*, pp. 277 y 290 y ss.

(95) TOMILLO, *Los depósitos en almacenes generales*, p. 295.

Esta interesante y novedosa construcción (96) no puede dejar de ser objeto de alguna consideración. En primer lugar, permanece una cierta oscuridad en torno a cuál de los requisitos de la transmisión («título» o «modo») del artículo 609 Cc es el que se vería afectado por esta pretendida peculiaridad traslativa del resguardo de depósito. Aparentemente la incidencia se produciría sobre el «título» dispositivo, en la medida en que lo que se sustituye es la voluntad de las partes en la producción de los efectos traslativos (97).

Pero, en realidad, entendemos que no hay razones para que la transmisión del documento tenga que llevar aparejada una automática transmisión de la propiedad de las mercancías. Prueba de ello lo sería la indudable admisibilidad de una transmisión de la sola legitimación cartular a través de un endoso de apoderamiento del título por el que el endosante tan sólo faculta al endosario para retirar las mercancías por cuenta de aquél (98). Debe reconocerse, sin embargo, que TOMILLO únicamente reconocería esa eficacia traslativa absoluta que se proyecta sobre la propiedad de las mercancías en caso de endosos plenos, y no en los que expresamente reflejan un apoderamiento concedido por el transmitente. Ello supondría que, en su opinión, lo que la Ley no admitiría serían los «endosos encubiertos» o «fiduciarios», que necesariamente operarían la transmisión plena del dominio con eficacia no sólo frente a terceros sino también *inter partes* (99). Parece que, por lo tanto, puede concluirse que si algo caracterizaría estos documentos, no sólo ya frente a los demás títulos de tradición sino, incluso, en relación con todos los títulos-valor, es el hecho de que en ellos no se produciría la consabida separación entre «legitimación» y «titularidad».

Por otro lado, no deja de resultar interesante observar cómo el citado autor reconoce que lo que las analizadas normas (art. 106 Ccom, y 16 RDL de 1917) crean es «una forma especial de entrega», con lo que en cierta manera se reconoce que nos situaríamos, de nuevo, ante un supuesto especial de «modo» de tradición. De hecho debe destacarse que en opinión de TOMILLO los presupuestos para que el título de depósito sea realmente representativo son los mismos que se requieren para que el conocimiento de embarque pueda desarrollar esa función de sustituir a la *traditio* de las cosas, es decir, sería imprescindible que el transmitente fuera poseedor mediato de las mercancías (100). Partiendo de esta perspectiva no se entiende cuál es el sentido funcional de la

(96) A la que en otra ocasión nos hemos opuesto, si bien de forma harto esquemática, en RECALDE, voz «Resguardo de almacén general de depósito», *EJB*, pp. 5872 y ss., debiendo reconocer ahora la escasa consistencia de alguno de los argumentos que allí utilizáramos, como el de la imposibilidad de que una norma que pretendidamente tendría «rango reglamentario» pudiera modificar el sistema general de transmisión de Derechos reales y de los títulos de tradición. Como ya antes indicamos en estas páginas (nts. 7 y 8), en su obra TOMILLO ha advertido oportunamente del error en que ha incurrido tradicionalmente la doctrina española al identificar la jerarquía normativa del RDL de 1917.

(97) Tal como lo entiende también BELTRÁN en la recensión a la obra de TOMILLO publicada en *RDM*, n.º 215, 1995, p. 433.

(98) TOMILLO, *Los depósitos en almacenes generales*, pp. 376 y ss.

(99) TOMILLO, *ob. cit.*, p. 294 nt. 412 y 378 nt. 551 (falta toda referencia a esta cuestión en la obra de PENDÓN, al margen de la indicación de que es posible un endoso de apoderamiento expreso, p. 276, pero nada se dice sobre los «efectos» de un endoso fiduciario). La posibilidad de que el resguardo se transmita a título de comisión o cobranza es uno de los argumentos que invocaba GARRIGUES (*Tratado*, II, 777) para defender que la transmisión del documento no tiene que conllevar necesariamente la del dominio sobre las mercancías.

(100) TOMILLO, *Los depósitos en almacenes generales*, p. 295.

exigencia de que el transmitente sea poseedor mediato, si la repercusión especial de la transmisión de estos documentos no se produciría sobre el «modo» —*traditio*— sino sobre el «negocio jurídico» dispositivo, es decir, sobre el «título» válido y suficiente para transmitir.

Existe, sin embargo, un ámbito en el que podría comprenderse en qué consistiría la «especialidad» traslativa de los títulos de depósito: efectivamente, el autor aquí analizado hace primar al adquirente de buena fe del documento sobre quien hubiere adquirido la posesión inmediata de las mercancías. No obstante, tengo mis serias dudas sobre la posibilidad de que una redacción a menudo tan imprecisa técnicamente, como es la del RDL de 1917, pueda servir de base para alterar todo el modelo causalista de transmisión de derechos (art. 1261 y 1274 y ss. Cc), o el sistema de tutela de la apariencia basado en la posesión vigente en el régimen general del Derecho común, invirtiendo, de esta manera, la jerarquía de intereses en que se sustentan normas tan básicas de nuestro Derecho de cosas como los artículos 448, 464 o 1473 Cc (101). Máxime mis dudas se sustentan a la luz de que la finalidad del RDL era tan sólo reconocer la funcionalidad traslativa dominical de los resguardos de depósito en su condición de títulos de tradición, y no definir, precisar los efectos o determinar el alcance dogmático de esta peculiar eficacia traslativa.

Por otro lado, debería advertirse también que, como el mismo TOMILLO reconoce (102), el depositante pudo no ser el propietario de las mercancías (art. 1771 Cc). En este caso, la necesaria protección de un interés preferente (el de los eventuales terceros tenedores de los títulos representativos de las mercancías) (103) no requeriría dotar de una especialidad traslativa a la transmisión realizada por medio de estos peculiares títulos de tradición. En efecto, el hecho de que el tercero adquirente del documento pueda llegar a adquirir el dominio sobre las mercancías, aunque el transmitente no fuera su propietario, no se debe a que con el título circule necesariamente el derecho real pleno, sino que es consecuencia de la buena fe del tercero adquirente y de que éste obtenga la posesión —siquiera mediata— de las mercancías representadas (art. 464 Cc) (104). Admitir la tesis de que con la legitimación cartular plena circula también la transmisión del dominio conduciría, en otro caso, a una conclusión inaceptable, como es la de que el endosatario del título que lo adquirió siendo consciente de que el endosante no era el dueño de las mercancías —o cuando la ignorancia de este hecho se debía a su negligencia—

(101) Debería reconocerse, por otro lado, que los parámetros que necesariamente han de aplicarse para determinar la buena fe del tercero adquirente de la posesión inmediata para que quede protegido frente al tenedor del título a menudo permitirán alcanzar resultados prácticos no muy alejados a los obtenidos por el autor. Sólo en supuestos muy excepcionales podría entenderse que actúa de buena fe ese tercero, cuando, p. ej., adquiriera las mercancías directamente del depositario. En este caso la diligencia exigida al adquirente para entender que obró de buena fe justificaría la realización de una cierta investigación sobre la condición de propietario de las mercancías que el depositario profesional pretende transmitir, para no perjudicar a eventuales depositantes o sucesivos adquirentes de los títulos representativos de los efectos depositados (en relación con el conocimiento de embarque *vid.* ya RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 149 y ss.).

(102) TOMILLO, *Los depósitos en almacenes generales*, pp. 174 y ss. Este es el otro argumento utilizado por GARRIGUES, *Tratado II*, p. 776, en contra del reconocimiento de que necesariamente la transmisión del resguardo conlleva la de la propiedad; como se apreciará por las indicaciones que haremos en el texto, entendemos que es el argumento que posee una mayor capacidad de convicción.

(103) TOMILLO, *ob. cit.*, p. 176.

(104) RECALDE, voz «Resguardo de almacén general de depósito», *EJB*, p. 5874.

podiera llegar a adquirir la propiedad de las mercancías. Entiendo, por todo ello, que en estos casos la adquisición del dominio sobre las mercancías no derivaría de la transmisión del título, sino de la buena fe y de que con el título se adquiere el crédito restitutorio al que eventualmente se liga la posesión mediata (105). No nos encontraríamos, en definitiva, sino ante un supuesto de aplicación de las reglas generales del Derecho de cosas. La única especialidad radicaría en que esa transmisión del crédito y, con él, eventualmente de la posesión mediata se produciría no con arreglo al régimen de la cesión de créditos, sino de conformidad con las reglas previstas para la transmisión de los títulos-valor. Pero esta es la conclusión a la que ya antes habíamos llegado al construir la teoría general de los títulos de tradición.

Por todo ello, consideramos más adecuado mantener que el resguardo de depósito no se diferencia por su contenido o naturaleza de otros títulos de tradición. En consecuencia, con el documento se transmite —al margen del gravamen que podría derivar de la existencia de una prenda constituida en favor del titular del *warrant*— el derecho a obtener la entrega de las mercancías y, con la adquisición de este derecho (siempre que se cumplan los presupuestos generales de esta forma de señorío), la posesión mediata de las mercancías (106). La posibilidad de transmitir el dominio a través del documento es una simple consecuencia de que la transmisión del documento puede equivaler a la *traditio* de las mercancías, *traditio* que es uno de los requisitos establecidos en el artículo 609 Cc.

3. Nos referiremos, en último lugar, a algunas peculiaridades del *warrant*, es decir, del título de depósito que funcionalmente se emite con una exclusiva finalidad de garantía. Como ya se indicó, este documento surge a partir de que se realiza el llamado «primer endoso» que provoca su escisión respecto del resguardo. El autor de este endoso es necesariamente el titular del documento doble (el que agrupaba tanto el resguardo como el *warrant*); en este sentido, el primer endoso del *warrant* no vendría a representar sino un estricto libramiento del *warrant* que, a partir del indicado momento, adquiere una autónoma configuración como título-valor separado de aquel documento doble del que traía su origen.

La causa típica de esta emisión es la existencia de un préstamo de financiación otorgado por el primer endosatario en favor del titular de las mercancías que realizó el endoso y desgajamiento del *warrant*, un préstamo que se encuentra garantizado por la prenda sobre las mercancías. Lo más interesante en la caracterización de la figura radica en que cuando el resguardo de depósito y el *warrant* circulan por separado el adquirente del resguardo obtiene un derecho de propiedad gravado por la prenda del titular del *warrant*.

Conviene recordar que en nuestro Derecho la prenda se constituye, precisamente, a través de la entrega de la posesión de la cosa al acreedor pignoraticio (*vid.* art. 1863 Cc). El requisito de la entrega al acreedor se explica a partir de la necesidad de privar al deudor de toda facultad de disponer materialmente de la cosa sobre la que recae el derecho real limitado de garantía.

(105) Con carácter general MIQUEL, voz «Tradición», *EJB*, pp. 6602 y ss.

(106) En este sentido, en cuanto a las conclusiones, *vid.* PENDÓN, *Los títulos representativos*, p. 271, quien, sin embargo, no llega a entrar en ningún momento a discutir los argumentos utilizados por TOMILLO.

En nuestro caso, las mercancías se entregan al acreedor pignoraticio con el *warrant*, encontrándose, de esta manera, afectas a la responsabilidad derivada del crédito incorporado al mismo documento. Efectivamente, el adquirente del *warrant* obtiene la posesión mediata de las mercancías, posesión que se construye a través de un doble escalonamiento posesorio: respecto de la posesión mediata del titular del *warrant*, el portador del resguardo es un mediador en la posesión; pero éste es, a su vez, un poseedor mediato de las mercancías que se encuentran en poder y posesión inmediata del depositario. Lo más importante es advertir que con la transmisión del *warrant* se alcanzaría plenamente el efecto de privar al deudor de la posibilidad de realizar una disposición a título pleno en perjuicio del acreedor pignoraticio, dado que el depositario no puede restituir las mercancías a quien sólo presente un resguardo del que haya sido escindido el *warrant* (art. 25 RDL 1917 (107)).

Ahora bien, mucho más discutible es que, a partir de esta incontrovertible configuración del *warrant* y de la responsabilidad del titular del resguardo, pudiera llegar a afirmarse que este último documento sea un estricto «título de deuda». Así lo viene a entender TOMILLO cuando señala que respecto del crédito creado con la emisión del *warrant* «la posición jurídica de obligado principal va aparejada al título dominical, lejos de permanecer inmovil en el depositante, o en el “primer endosante” del *warrant*» (108). De esta manera se concluiría que la posición deudora respecto del crédito de financiación surgido con la emisión del *warrant*, vendría a circular con el resguardo de depósito. Como consecuencia, los sucesivos titulares del resguardo no sólo se verían obligados a soportar sobre sus mercancías el derecho de prenda, sino que incluso se configurarían como estrictos deudores de la obligación creada y asumida por el autor del primer endoso del *warrant* (109).

Ya en otra ocasión hemos rechazado estas afirmaciones que, al configurar el resguardo de depósito como un estricto título de deuda, contradirían la misma esencia y función de los títulos-valor (110). Fundamentalmente, entendemos que la concepción alegada no distingue adecuadamente entre la «responsabilidad» derivada de la prenda, que indudablemente soportan sobre sus mercancías todos los sucesivos titulares del resguardo, y la existencia de una «deuda» respecto de la cual, según aquella concepción, estarían también obligados los titulares del resguardo (siquiera se afirme que esta deuda se li-

(107) No obstante, el artículo 26.2 *in fine* RDL de 1917, reconoce al titular del resguardo el derecho a ofrecer al portador del *warrant* un pago anticipado del crédito garantizado y, si se rechaza el cobro, a consignar el citado importe en el almacén y obtener la entrega (RECALDE, voz «Resguardo de almacén general de depósito», *EJB*, p. 5875). Este derecho a forzar a un cobro anticipado tendría como único efecto la extinción del derecho principal de crédito, lo que necesariamente produce el levantamiento de las garantías accesorias.

(108) TOMILLO, *Los depósitos en almacenes generales*, pp. 301 y ss.; también, aparentemente, PENDÓN, *ob. cit.*, p. 304, cuando menciona entre los obligados por el «derecho personal de crédito» de que es titular el propietario del *warrant* a «los endosantes sucesivos y los poseedores del resguardo de depósito».

(109) Como antes se indicó, los endosantes del *warrant* sí que están obligados en vía de regreso frente al último tenedor de este documento. Pero a este efecto de garantía del endoso del *warrant* se hace una referencia explícita en el art. 24 del RDL.

(110) RECALDE, voz «Resguardo de almacén general de depósito», *EJB*, p. 5875. Sobre la contradicción de la idea de los «títulos de deuda» con la función típica de los títulos-valor, al hilo de otras cuestiones pero con argumentos que son también invocables aquí, *vid.* BELTRÁN, *Los divididos pasivos*, Madrid 1988, p. 24 esp. nt. 8.

mita a una cantidad equivalente al valor de las mercancías). De hecho, no vemos que exista necesidad alguna de configurar a los sucesivos propietarios de las mercancías pignoradas (que las han adquirido a través del resguardo) como deudores del crédito, cuando el titular del *warrant* ya dispone de una «garantía real» sobre las mismas mercancías.

Pero lo más relevante es que la citada configuración del resguardo como un auténtico «título de deuda» se contradiría con la propiedad de la legitimación por la posesión que caracteriza a los títulos-valor y con su configuración como documentos de presentación necesaria y de rescate; debe observarse que, al ser el resguardo un título circulante, el titular del *warrant* no podría conocer quién o quienes (al margen del autor del primer endoso cuyo nombre consta en el *warrant*, en su condición de emitente) serían los que frente a él se encuentran obligados y a los que puede reclamar la satisfacción del crédito. Además, la calificación del «resguardo» como un título de deuda puede perjudicar gravemente a sus eventuales adquirentes al verse obligados al pago —con todo su patrimonio— de una deuda ajena que no asumieron; perjuicio que resultaría particularmente riguroso cuando el «primer endosante» —emiteente del *warrant*— hubiera incumplido su obligación de transcribir en el resguardo las indicaciones esenciales —p. ej. el importe— relativas a la deuda garantizada (111).

No puede sostenerse, por otro lado, que la caracterización del resguardo como un título de deuda que obligue a sus sucesivos propietarios frente al titular del *warrant*, encuentre apoyo en la facultad que se reconoce al titular del resguardo de cancelar la deuda garantizada entregando al depositario la suma adeudada (art. 26 RDL 1917). En realidad, esta facultad no es sino el reflejo de la que se reconoce a cualquier tercero con un interés propio (o incluso aunque carezca de este interés) de pagar voluntariamente una deuda ajena (art. 1158 Cc). Pero esta facultad en ningún caso puede identificarse con una estricta obligación de pagar que recaiga sobre el citado tercero (112). Se trata de un típico caso en el que el que paga la deuda ajena lo hace porque es titular de un derecho cuya existencia y alcance (en este caso, la posibilidad de ejercicio de forma plena e ilimitada del derecho de dominio) depende del cumplimiento de aquella deuda. Por ello, si paga, se le reconocerá la posibilidad de subrogarse en la posición del acreedor (art. 1210.3.º Cc).

(111) No obstante, en caso de ausencia de referencia en el resguardo al importe del crédito garantizado «la apariencia cartular autorizaría al legítimo tenedor del resguardo para entender igualado el importe del crédito pignoraticio con la cifra-valor de la mercancía depositada (art. 19-II-3.º RDL de 1917)» (TOMILLO, *Los depósitos en almacenes generales*, p. 337). Pero, una vez más, hemos de distinguir: son cosas diferentes el que el titular del resguardo soporte un derecho real de prenda sobre sus mercancías, lo que en ningún caso se opone a la literalidad del documento, ya que la prenda consta en el resguardo y, en todo caso, él siempre pudo apreciar el desgajamiento del *warrant*, y otra cosa distinta es que esta persona sea «deudora» del crédito garantizando su satisfacción con el resto de su patrimonio. Esto último sí que podría perjudicar al titular del resguardo y a la configuración del documento como un título literal y abstracto. Por lo demás, este perjuicio no se ve minorado por el hecho de que se le reconozca la posibilidad de repetir frente a los causantes de la incorrecta transcripción en el documento de los elementos de individualización del crédito pignorado.

(112) R. BERCOVITZ, en Paz Ares/Díez Picazo/R. Bercovitz/Salvador, *Comentario del código civil* Madrid 1991, II, art. 1158, pp. 165 y ss.

VI. RECAPITULACIÓN

Son muchas las cuestiones que plantean los títulos de tradición y sobre las cuales no nos hemos podido detener aquí con la atención que probablemente merecerían. No obstante, en las obras a las que nos hemos venido refiriendo en nuestro comentario sí que son objeto de un preciso y detenido tratamiento. Es obvio, sin embargo, que debíamos seleccionar algunos de los aspectos más destacados y más polémicos de las mismas y que ello nos obligaba a dejar de lado muchos otros. La finalidad de estas páginas era, sobre todo, dar noticia de unas publicaciones que entendemos que han contribuido de manera muy notable a elevar el listón del conocimiento sobre los títulos de tradición y que no deberían dejar de ser estudiadas (y no sólo superficialmente leídas) no sólo por aquellos que se interesaren sobre estos documentos, sino incluso por todos los estudiosos del «Derecho de cosas». Esperamos que estas páginas hayan podido suscitar el interés por el citado estudio.

Pero, en aras del mismo objetivo de profundización en los conocimientos, tratábamos también de poner de relieve nuestras discrepancias sobre alguna de las tesis en ellas mantenidas. Es lógico que se produzcan estas discrepancias cuando alguien dedica una atenta e interesada lectura a trabajos que, en todo caso, la merecen. Este contraste crítico de pareceres no debería considerarse, de cualquier forma, si no como una forma de participar en un debate que se nos aparece siempre fructífero. Ahora bien, este debate sólo es posible sobre la base de obras que realmente representen un avance respecto del estado previo de la ciencia. Es indudable que las aquí consideradas demuestran que sus autores conocen el previo estado de la cuestión y que han dedicado un significativo esfuerzo por ofrecer, a partir de una correcta metodología, soluciones dogmáticamente seguras y prácticas en sectores hasta el momento escasamente considerados por la doctrina española (en particular, en el caso de la obra de TOMILLO). El rigor en la construcción y la claridad en la exposición de las tesis ofrecidas, justifican también esta calurosa recomendación hacia su lectura.

Libros

CAMPO ARBULO, José Antonio: «Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general», Ed. Fundación Mapfre-Centro de Fundaciones, Madrid, 1996, págs. 537.

La publicación de la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general a supuesto, como no podía ser de otra forma, la aparición de numerosos estudios doctrinales que tratan de analizar el contenido global de la citada Ley o bien alguno de sus aspectos. El libro objeto de esta recensión es un análisis de la totalidad de su parte sustantiva, lo que significa que se excluye del estudio la parte fiscal de la misma regulada en el Título II de la Ley. La obra aparece dividida en tres grandes bloques.

La primera parte constituye una introducción en la que el autor aporta, de forma muy sumaria y clara, una visión general de la historia reciente de las Fundaciones.

En la segunda parte, que constituye propiamente el cuerpo del trabajo, el autor aborda, de manera individualizada y por el orden que aparecen en la Ley, el comentario de todos los artículos de su parte sustantiva, con la sola excepción de algunos preceptos comprendidos en las Disposiciones adicionales y transitorias de la Ley, que el autor excluye, por su consideración meramente circunstancial y por haber sido tenidos presentes en el análisis de los demás artículos.

En el estudio de cada precepto se analizan las cuestiones más problemáticas que en su aplicación se pueden plantear, contrastando las soluciones de la Ley, con las que en su día aportó el Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972, y con la regulación de las distintas leyes autonómicas, la referencia constante a estas últimas hace que los comentarios efectuados vayan más allá del simple análisis de la Ley estatal de Fundaciones, pasando en algunos casos a constituir verdaderos comentarios a la totalidad de la normativa fundacional de cada materia.

Si algún calificativo podemos atribuir al análisis que se efectúa, ése debería ser el de práctico, pues si bien se puede objetar que algunos de los comentarios pueden, desde una visión eminentemente teórica, resultar algo escasos de contenido, las consideraciones que en ellos se efectúan nos ofrecen una visión muy ilustrativa de los problemas que en el devenir cotidiano de las Fundaciones puede plantear la aplicación de la nueva Ley, aportando en la mayoría de las cuestiones analizadas soluciones dignas del mayor elogio. Esto, junto a la claridad con la que el autor se manifiesta en todo momento, trae consigo que este libro sea de interés para toda persona interesada en el mundo fundacional y no sólo para expertos en la materia.

La tercera parte del libro la constituye un apéndice en el que el autor ha recopilado toda la legislación sustantiva existente hasta el momento sobre Fundaciones, tanto estatal como autonómica, lo que por obvias razones resulta de gran utilidad para el lector.

Por último, no podemos olvidar la trayectoria del autor del libro, gran conocedor tanto de la teoría como de la práctica del derecho de Fundaciones, pues José Antonio del Campo Arbulo, que ha publicado un gran número de trabajos sobre el tema, es actualmente asesor jurídico del Centro de Fundaciones, y ha participado en prácticamente la totalidad de las reuniones, encuentros y congresos, que en los últimos veinte años se han venido celebrando en nuestro país al objeto de impulsar la ansiada reforma de la normativa fundacional, colaborando, a su vez, como asesor jurídico del Centro de Fundaciones, en la negociación y discusión de la ley que comenta.

Fernando MORILLO GONZÁLEZ
Becario F.P.I.

CASTÁN TOBEÑAS: «Derecho civil español, común y foral», T. V (Derecho de Familia), vol. 2.º (Relaciones paterno-filiales y tutelares), décima edición, revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José María CASTÁN VÁZQUEZ, Ed. Reus, Madrid, 1995, págs. 604.

En el fascículo III del Tomo XLVII de este *Anuario* publiqué una breve reseña del vol. 1.º de estos mismos tomo y obra. Más brevemente ahora, corresponde dar noticia, algo tardía, de la aparición de este volumen 2.º del *Derecho civil español, común y foral*, iniciado por el maestro Castán Tobeñas, y continuado también en este caso por los profesores García Cantero y Castán Tobeñas. Y digo que más brevemente porque buena parte de lo dicho en esa reseña al vol. 1.º (básicamente, lo referido a la labor del actualizador en general, y de estos actualizadores en particular), puede ser afirmado nuevamente ahora respecto al volumen recensionado.

En este nuevo volumen las principales novedades, derivadas de reformas legislativas recientes —más allá, por tanto, de lo que es actualización doctrinal y jurisprudencial respecto de una regulación que permanece la misma—, corren a cargo del prof. García Cantero. Se ha hecho cargo el citado autor de los §§ relativos a la filiación matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva, y del § relativo a los alimentos entre parientes.

Creo que vale la pena destacar aquí, primeramente, las casi veinte páginas que dedica el prof. García Cantero a efectuar un pormenorizado análisis de la sociología de la filiación, no sólo a nivel español sino europeo; continúa así el autor una línea de investigación que viene cultivando desde hace ya bastantes años, y que, a lo que entiendo, tiene como una de sus principales finalidades (aquí como en general respecto al Derecho de Familia) permitir la obtención de conclusiones reveladoras no sólo sobre la estructura familiar española o europea, sino también acerca de las consecuencias de las políticas legislativas referidas a la familia, desarrolladas en la sociedad occidental en los últimos decenios.

Dentro del § atinente a la filiación no matrimonial, se incluye el estudio de la filiación derivada del empleo de las técnicas de procreación asistida —aunque el propio autor advierte, como no podía ser menos, que el empleo de estas técnicas puede resolverse en una filiación de carácter matrimonial—, tal y como resulta de la Ley de 22 de noviembre de 1988. El tratamiento conjunto de esta materia parece más razonable que su disgregación entre la filiación matrimonial y no matrimonial, por la necesidad de incluir una suerte de Parte General sobre las características generales y regulación común de estas técnicas, en la que insertar después las reglas relativas a la filiación (matrimonial o no matrimonial) derivada de su empleo. Tal cosa es lo que, cabalmente, hace el prof. García Cantero, cuando analiza los principios generales de la Ley de 1988, las modalidades que pueden revestir estas técnicas, los consentimientos relevantes, y sólo después la filiación resultante. En cualquier caso, se trata de un análisis pormenorizado, no exento de acotaciones críticas, tanto desde el punto de vista axiológico, como desde una perspectiva más técnica. En ese mismo §, aborda el prof. García Cantero el estudio de la filiación en los Derechos forales o especiales (pp. 239 y ss.), en el que destaca la atención que se dedica a la Ley catalana de 27 de abril de 1991, de Filiaciones (pp. 242 a 255, de apretada «letra pequeña»).

En esta misma línea, quiero aludir ahora al tratamiento de algunos de los mecanismos de protección de menores introducidos por la Ley de 1987 (tutela y guarda administrativas, y acogimiento), realizado por el prof. García Cantero en el § CXXXII, relativo a la adopción. Creo ocioso recordar que el prof. García Cantero se ha venido dedicando en los últimos años con asiduidad al estudio de estas nuevas —de 1987— figuras de protección de menores; no estamos, pues, ante una mera descripción de la nueva regulación, sino ante un estudio atento y cuidadoso de dicha normativa, útil no sólo para el alumno o el opositor, sino también para el investigador de la materia en este mismo *Anuario* (t. XLV —1992—, fascículo IV, pp. 1391-1498).

Por su parte, el prof. Castán Vázquez se ha hecho cargo de la actualización de lo relativo a patria potestad y tutela (donde se incluye, como ya he indicado más arriba, el estudio de la guarda de hecho). En esta materia —que, como es sabido, viene cultivando el prof. Castán Vázquez desde hace ya tiempo— las novedades son menos importantes, sobre todo habida cuenta de la distribución sistemática a que me he referido.

Ambos autores han contado con la colaboración de Salomé Adroher Biosca y M.^a Isabel Álvarez Vélez para la revisión del § CXXXVI, dedicado a las instituciones de protección de los incapaces en el Derecho Internacional privado español.

Antes de finalizar es preciso indicar que, con ser reciente, la obra recensada debe ser ya objeto de nueva actualización, por mor de las nuevas reformas legislativas, y destacadamente de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996, que los autores no han podido tener en cuenta, por razones evidentes. La modificación del CC que producen las Disposiciones Adicionales de dicha Ley, y que afectan directísimamente a instituciones pertenecientes al que he llamado (en este mismo *Anuario*, t. XLV —1992—, fascículo IV, pp. 1391-1498) modelo funcional de protección de menores (tutela y guarda administrativas y acogimiento, destacadamente, pero también la adopción), hace imprescindible esa nueva actualización parcial que, sin duda, servirá —como sirvió en su momento la realizada respecto a la reforma de 1987— para efectuar una primera, pero no superficial, aproximación a dichas reformas. Del mismo modo, la ratificación por España del Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional de 29 de mayo de 1993, o la modificación del art. 9, números 4 y 5 CC operada por la citada Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, hacen que las breves páginas dedicadas a la materia deban ser objeto de una puesta al día algo más pormenorizada.

Acabo con las mismas palabras con que finalicé mi reseña al volumen primero de este tomo, y que me parece oportuno reproducir a continuación: «No quiero finalizar sin congratularme de esta nueva edición (nueva, insisto, en un sentido bastante más profundo que el que la expresión parece dar a entender) de un clásico; que lo es, cada día más, también gracias a sus actualizadores, y a su labor tan inequívocamente personal como, paradójicamente, más allá de los tópicos, discreta y abnegada. El equilibrio no es fácil de conseguir, pero en este caso es prácticamente perfecto». No encuentro ninguna razón para modificarlas.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE

LÓPEZ DÍAZ, Elvira: «El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina», Ed. Dykinson, Madrid, 1996, págs. 314.

No cabe duda de la importancia que han adquirido en los últimos años los derechos de la personalidad, y más concretamente, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Un reciente estudio ha puesto de manifiesto que si bien hace diez años solamente se presentaba en los Juzgados de Madrid una demanda semanal en protección de estos derechos, hoy día, con un espectacular aumento, se ha llegado prácticamente a una demanda diaria.

Y es que, como se indica en la obra objeto de comentario, los ataques a estos derechos en otros tiempos eran menores en número y variedad, más toscos y menos peligrosos cualitativamente; pero, en cambio, hoy día «con el aumento y la complejidad de las poblaciones, la tremenda dificultad para las relaciones personales, las crecientes ansias de noticias por amplias capas de la sociedad, la necesidad de conocimiento sobre los actos, hábitos, ideas o inclinaciones de los demás como fuente de poder político, económico y social, el deseo de información, así como los constantes avances de los medios técnicos

de la electrónica e informática, crecen de una manera vertiginosa las posibilidades de atacar y perturbar, desde los más diversos frentes, la esfera privada del ciudadano y hacen que éste se encuentre cada vez más indefenso y expuesto a manipulación y control».

La presente obra, como se expresa en su prólogo, pretende dar una doble visión de cada uno de los temas que aborda: por un lado se deja constancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y, por otra parte, se presenta la doctrina de los autores.

En la primera parte de la obra se estudia la garantía constitucional del derecho al honor y a la intimidad. Comienza con los textos constitucionales históricos, examinando manifestaciones del derecho a la intimidad, como la inviolabilidad del domicilio, correspondencia y efectos, para concluir con el análisis del art. 18 de la Constitución actual, en el que destaca su novedad, al recoger por primera vez agrupados, diversos bienes objeto de protección jurídica, dotándoles de una regulación autónoma e independiente.

Considera la autora que el fundamento común de los derechos recogidos en tal precepto se encuentra en el principio de dignidad de la persona. Y a pesar de que alguna sentencia mezcla los tres derechos (honor, intimidad e imagen), se trata, como han puesto de manifiesto también gran número de resoluciones judiciales, de tres derechos distintos, si bien entre los cuales existen indudables conexiones y, acaso, en ciertos momentos, interferencias.

A continuación estudia el alcance de la tutela judicial que ofrece el art. 9 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, distinguiendo entre medidas cautelares, medidas represivas (entre las que incluye el derecho de rectificación —con especial referencia al derecho de réplica de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, y su posible subsistencia en la actualidad—, la difusión de la sentencia y la indemnización de los daños causados) y medidas preventivas.

En cuanto a la difusión de la sentencia, destaca la autora los problemas que se pueden plantear cuando debe publicarse el «texto íntegro» de la misma, y en varios medios de comunicación social (cita, como ejemplo, la sentencia de 22 de diciembre de 1984 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Madrid, que condenó al demandado a que, a su costa, se insertara el texto literal de la sentencia en los periódicos «El País», «ABC», «Ya» y «La Vanguardia», y a ser leída en RTVE). Esto provocará, en ocasiones, que resulte más costoso para el demandado el pago de la publicación de la sentencia que el pago de la indemnización establecida.

Por lo que respecta a la indemnización, distingue entre los daños materiales (que por mucho que se presuman, su cuantía debe ser probada) y los daños morales (de problemática valoración). Entre los criterios que ofrece la Ley Orgánica 1/82 para valorar los daños morales, se encuentra «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma», lo que supone que por primera vez, en un texto legal, para la valoración de un perjuicio, se tenga en cuenta la ganancia que ha obtenido el causante de la agresión.

En el capítulo II trata del derecho al honor, su tratamiento constitucional, y su posterior desarrollo legislativo. En cuanto al concepto del honor, plantea la necesidad de superar un concepto puramente objetivo o subjetivo, acudien-

do a un concepto normativo. El honor no es algo que se tiene (concepto objetivo) o se siente (concepto subjetivo) sino que forma parte de la dignidad humana.

Se pregunta la autora si es posible la renuncia al honor. Y entiende que la identificación del honor con la dignidad humana, concepción normativa que deriva de la Constitución, implica la negación de la posible abdicación de parte del honor, ya que este derecho es difícilmente susceptible de renunciaciones parciales (a diferencia de lo que ocurre en el derecho a la intimidad y a la imagen). El derecho al honor no puede ser objeto de «desprendimientos» parciales: el honor o se tiene o no se tiene, y si se dispone de él, probablemente no se vuelva a recuperar jamás.

Posteriormente se estudian los sujetos titulares del derecho al honor. Parte la autora de la importante distinción entre personas públicas y privadas, entendiéndose que el derecho a ser informado entra en juego con fuerza cuando la información se refiere a una persona pública, por lo que el derecho al honor de estos personajes se debilita en aras del interés general. A continuación analiza el discutido tema de la posible titularidad por parte de las personas jurídicas de este derecho; y mantiene una postura negativa, aunque sí se ataca a la «buena fama» de una persona jurídica, ésta podría exigir su protección a través del art. 1902 CC. Por último estudia el honor de las personas fallecidas, distinguiendo los diversos supuestos que contempla la Ley Orgánica 1/82 en cuanto a la legitimación para defender la «memoria» del fallecido.

En el análisis de las intromisiones ilegítimas al derecho al honor, distingue la obra entre infracciones penales (con un estudio sobre la materia en el vigente Código Penal) e infracciones civiles, con un detallado comentario del art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/82.

A continuación se estudian las excepciones a la protección del derecho al honor. En este apartado se comenta la eficacia de la *exceptio veritatis*, tanto en el ámbito penal como en el civil. Hay que distinguir entre la información de hechos (que se encuentra en relación con la libertad de información) y la difusión de opiniones o juicios de valor (que se encuentra en relación con la libertad de expresión). Y postula la ineficacia de la veracidad en el ejercicio de la libertad de expresión (pues las opiniones no son susceptibles de prueba), mientras que la veracidad es presupuesto necesario en el ejercicio de la libertad de información. La libertad de expresión tiene su límite en el empleo de expresiones ofensivas o vejatorias; sólo en tal supuesto existiría intromisión ilegítima en el derecho al honor. En cambio, para el ejercicio de la libertad de información es necesario el requisito de la veracidad (ahora bien, no se puede exigir al periodista una veracidad absoluta, porque es imposible; pero sí que haya actuado diligentemente, contrastando la información); si la noticia es cierta, y es de interés social (requisito también imprescindible) no existiría intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Tras el comentario del art. 8 de la Ley Orgánica 1/82, centra la autora su estudio en la jurisdicción competente y la modificación del art. 1.2 de la citada Ley mediante la Disposición Final 4.^a del nuevo Código Penal, lo que ha supuesto la supresión de la primacía que otorgaba el texto originario a la jurisdicción penal, si la intromisión era constitutiva de delito (aunque, en la práctica, el perjudicado acudía en la inmensa mayoría de los casos a la vía civil, por razones de rapidez, cuantía de la indemnización, facilidad en la condena...).

Concluye el análisis del derecho al honor con los límites que este derecho puede suponer con respecto a la libertad de información y la libertad de expresión.

El capítulo III lo dedica la autora al derecho a la intimidad, comenzando con una introducción histórica hasta llegar al importante artículo de Warren y Brandeis «The Right to the privacy» (1980).

A continuación estudia el derecho a la intimidad en la Constitución de 1978, en el nuevo Código Penal y en la Ley Orgánica 1/82. Tras el análisis del contenido de este derecho, se centra en sus caracteres, destacando su creciente patrimonialización.

Siguiendo el esquema del capítulo anterior, estudia los sujetos del derecho a la intimidad (siendo partidaria de que la notoriedad del sujeto no autoriza a una publicidad indiscriminada ni le suprime un cierto ámbito de vida privada), y las intromisiones ilegítimas contenidas en el art. 7 de la Ley Orgánica 1/82.

Concluye este último capítulo con las excepciones a la protección del derecho a la intimidad, siendo de destacar la inoperatividad de la *exceptio veritatis* (por lo que, aunque la noticia sea cierta, puede haber intromisión ilegítima), si bien destacando una serie de requisitos que pueden no implicar tal conclusión (como son, además de la veracidad de la noticia, relevancia pública de la misma y ausencia de elementos superfluos en su divulgación).

En conclusión, se trata de una muy interesante obra, escrita con gran claridad (cosa, por desgracia, no muy frecuente en la actualidad), con un amplio y profundo conocimiento de la doctrina y la jurisprudencia relativa a estos dos derechos tan esenciales en todo sistema político.

Juan POZO VILCHES

MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos», Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 279.

El estudio que la presente monografía desarrolla en el tema que le sirve de título se centra en la responsabilidad civil *extracontractual* derivada de los *ilícitos civiles* de los alumnos de centros docentes. A la comúnmente denominada responsabilidad civil derivada de ilícito penal, regulada en nuestro ordenamiento por el Código penal, se le dedica escasa consideración, a la espera de la promulgación de la futura Ley penal juvenil y del menor y de la entrada en vigor del art. 19 del nuevo Código penal, que fija la mayoría de edad penal en los 18 años.

Dentro del indicado ámbito, el estudio considera tanto a los alumnos de centros docentes privados como a los de centros públicos; de ahí que, en lo que a *Derecho español* se refiere, se analice no sólo el articulado del Código civil, reformado en este punto por la Ley 1/1991, de 7 de enero, sino también la normativa administrativa contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP); entiende el profesor Moreno Martínez que el Código civil sólo es aplicable a los daños causados por alum-

nos de centros privados, mientras que si lo son de centros públicos únicamente es de aplicación la LRJAP. El autor destaca cómo esta nueva normativa vino precedida de un acuerdo entre sindicatos de profesores y el Ministerio de Educación y Ciencia, al que se llegó por el creciente malestar que en el profesorado había provocado una serie de sentencias condenatorias en apariencia no muy justificadas; en efecto, por una parte, la normativa anterior a la reforma hacía responder al profesor de los daños causados por sus alumnos (directamente y por culpa en el Código civil, subsidiaria y objetivamente en el Código penal); por otra parte, en el ámbito de la enseñanza pública resultaba que, aunque el perjudicado podía exigir una responsabilidad directa y objetiva a la Administración, dada la complejidad y lentitud del procedimiento existente para ello solía demandar penalmente al profesor para obtener una declaración de responsabilidad civil y penal del mismo y de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración; finalmente, cuando la Administración era demandada junto con algún particular (como el profesor), la jurisdicción civil solía considerarse competente para conocer de todo el asunto, aplicando únicamente, además, las normas del Código civil.

En respuesta de estos problemas, el autor pone de relieve cómo, de un lado, la Ley 1/1991 vino a sustituir la responsabilidad del profesor por la del titular del centro docente, sin perjuicio de consagrar aquella en casos extremos de dolo o culpa grave (art. 1903.V y 1904.II CC); de otro, la LRJAP establece un procedimiento abreviado para obtener de la Administración las indemnizaciones pertinentes con más celeridad en los casos en que concurran inequívocamente los presupuestos de responsabilidad (art. 143), al tiempo que pretende sustraer todo conocimiento por la jurisdicción civil de demandas promovidas contra la Administración; a este respecto el profesor Moreno Martínez entiende que con la nueva LRJAP el perjudicado debe dirigir necesariamente su reclamación de responsabilidad contra la correspondiente Administración y no contra el profesor funcionario, siempre que el daño sea consecuencia del funcionamiento del servicio público de la enseñanza (art. 145.1.º); de ahí resulta, a juicio del autor, que cuando la Administración sea codemandada con uno o varios sujetos privados, habrá que seguir un doble proceso, actuando contra la Administración en vía contenciosa y contra los particulares en sede civil.

El profesor Moreno Martínez no se limita, sin embargo, a un análisis de la cuestión en el Derecho vigente español, sino que, por un lado, hace un detallado estudio (en el primer Capítulo de la obra) de los antecedentes históricos de esta responsabilidad, remontándose hasta el Derecho romano y deteniéndose particularmente en la incidencia que en la regulación de nuestro Código civil tuvo la Codificación francesa y sus precedentes.

Por otro lado el autor analiza muy en profundidad el régimen jurídico aplicable, tanto en centros docentes privados como públicos, en *Francia, Italia y Alemania*; es de subrayar que el estudio de estos Derechos ocupa un lugar muy destacado en la obra, de modo que de cada uno de ellos se hace una presentación pormenorizada, no sólo de la normativa actualmente vigente y de sus precedentes (todo ello, en el Capítulo segundo de la obra), sino también de la interpretación y aplicación judicial de las respectivas normas positivas.

Precisamente, el profesor Moreno Martínez hace un examen particularmente detallado de la jurisprudencia de estos países cuando, en el Capítulo tercero, aborda el tema del *fundamento de la responsabilidad del titular del centro docente*: la sistematización de dicha casuística ilustra sobre cómo se

concreta la diligencia exigible a los responsables docentes, qué circunstancias pueden elevar el grado de diligencia exigible y cuáles son las causas de exoneración o atenuación de responsabilidad. De otra parte, el estudio del fundamento de esta responsabilidad en nuestro Derecho lleva al profesor Moreno Martínez a constatar la diferencia existente entre el régimen de responsabilidad por culpa aplicable a los centros privados conforme al art. 1903.V y VI CC y la responsabilidad objetiva de la Administración cuando de centros públicos se trata, conforme a la LRJAP. En el primer caso, el fundamento se sitúa bien en una culpa *in vigilando* o *in eligendo* del titular del centro respecto de sus dependientes-profesores, bien en deficiencias apreciadas en las medidas organizativas adoptadas por el titular; el estudio de la casuística judicial que desarrolla el autor en este punto sirve para concretar la diligencia exigible. También se atiende a dicha casuística al analizar la responsabilidad del titular de un centro público, separando los casos en que únicamente fue demandada la Administración de aquéllos, más frecuentes, en que fue codemandada con algún sujeto privado. A propósito de estos casos, el autor insiste en que para determinar cuál es la normativa aplicable, si la del Código civil o la administrativa, hay que considerar únicamente el carácter privado o público del centro, con independencia del orden jurisdiccional, civil o administrativo, que llegue a conocer del asunto; en este sentido critica la práctica de los tribunales civiles —generalizada antes de la LRJAP— de aplicar las normas del mismo carácter cuando, siendo codemandados la Administración y un particular (por ejemplo el profesor), la jurisdicción civil se declaraba competente para conocer el caso; el autor entiende que con la LRJAP habría de ponerse fin a esta práctica, debiendo ser la jurisdicción contencioso administrativa la única competente para conocer de cualquier actividad de la Administración.

El Capítulo cuarto de la monografía que comentamos se centra en los *sujetos* responsables en nuestro Derecho. Puesto que en primer término se declara responsable al titular del centro docente, se trata de concretar esta noción tanto en los centros públicos como privados, considerando también supuestos en cierto modo fronterizos, como los llamados centros concertados. De otro lado, como en caso de que medie dolo o culpa grave en el profesor también él responde, se analizan las posibilidades de actuación del demandante en estos supuestos así como los posibles derechos del regreso que pueden hacerse valer en las relaciones internas entre el titular del centro y el profesor, una vez satisfecha la víctima (arts. 1904.II CC y 145.2.º LRJAP).

En el último Capítulo de su obra, el profesor Moreno Martínez desglosa los *presupuestos de la responsabilidad* analizada. Aparte de la causación de un daño por un alumno de un centro docente, la normativa civil presupone que, al causar el daño, el alumno fuera menor de edad y estuviese bajo control del profesorado en desarrollo de actividades escolares, extraescolares y complementarias (art. 1903.V CC), mientras que conforme a la LRJAP el daño ha de producirse a consecuencia del funcionamiento del servicio público de la enseñanza (art. 139). Con el análisis de cada uno de estos presupuestos, así como de algunas hipótesis de concurrencia de causas se cierra la monografía ojeo de esta recensión.

NÚÑEZ BOLUDA, M.º de los Desamparados: «El mutuo disenso», Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, págs. 178.

La autora, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid y en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), se enfrenta en este breve pero enjundiosa obra con una figura apenas estudiada por nuestra doctrina, que nuestro Código civil pasa en silencio, ya que ni siquiera aparece mencionada en el art. 1156, dedicado a señalar las causas de extinción de las obligaciones. Omisión debida, sin duda, a la circunstancia de que, dedicándose el referido artículo a dar la lista o elenco de las causas que determinan la extinción «de las obligaciones» en general, cualquiera que sea su fuente, no era procedente incluir en él la mención del mutuo disenso que es solamente causa de extinción de las obligaciones nacidas «de los contratos».

En efecto, concebido el mutuo disenso como *potius distractus quam novus contractus*, no resulta una antítesis de la obligación sino del contrato. Las sentencias del Tribunal Supremo que aluden a la figura del mutuo disenso se refieren a la modificación o pérdida de eficacia «de los pactos», o a la posibilidad de deshacer los contratos. En todo caso, se admite que la voluntad concorde «de las partes» puede dar por disueltas las obligaciones previamente asumidas por ellas.

La opinión de Sánchez Román en el sentido de que el mutuo disenso es un modo general de extinguir las obligaciones, porque se puede aplicar a todas ellas, debe matizarse pues resulta evidente que solamente puede aplicarse a las nacidas de los contratos, ya que sólo a ellas puede aplicarse la consideración obvia de que lo que es resultado de un consenso puede quedar ineficaz por obra de un disenso.

La figura del mutuo disenso es objeto de estudio en cuanto a sus requisitos, naturaleza jurídica, ámbito de aplicación, límites y efectos, así como a la distinción de figuras afines. En realidad, el mutuo disenso significa algo distinto de lo que su tenor literal podría sugerir, ya que no obedece a un desacuerdo entre las partes sino a la existencia de voluntades acordes en poner fin a una situación jurídica previamente creada por la voluntad común.

El concepto estricto del mutuo disenso se formula como la «revocación bilateral y consensual del contrato originario». Consiste en el acuerdo de voluntades, emitido por las mismas partes contratantes que celebraron el contrato previo, por el que disuelven, extinguen o anulan todas las obligaciones nacidas de ese contrato inicial, válidamente constituido y no consumado.

Especialmente interesante es el capítulo (IV) dedicado al estudio de las diferencias entre el mutuo disenso y otras figuras extintivas que, por ocasionar la extinción de relaciones jurídicas previas, se asemejan a la figura estudiada. Incluye en este capítulo la consideración de la renuncia abdicativa, la remisión o condonación, la revocación, el desistimiento unilateral, la resolución, la novación, la confusión, la transacción y la rescisión. Interesante, porque ofrece una panorámica de las causas extintivas de las obligaciones que no es frecuente encontrar reunidas.

Los efectos del mutuo disenso, a los que se dedica el capítulo VI, se cifran fundamentalmente en la extinción del contrato previo, que es la finalidad esencialmente perseguida por las partes. Cabe preguntarse, con todo, si se extingue el contrato previo, como tal, o solamente la relación obligatoria derivada de él; cuestión resuelta con gran precisión por Enneccerus, quien entiende

que el mutuo disenso no extingue el contrato como hecho sino la relación jurídica dimanante del contrato. Lo que las partes buscan a través del mutuo disenso es la eliminación de los efectos. Pero, no obstante, ha de tenerse en cuenta que tal vez el efecto perseguido por las partes sea el de privar de la posibilidad de producir efectos jurídicos a negocios que no han podido producirlos todavía (por ejemplo, por estar pendientes de una condición todavía no realizada o de un término todavía no vencido). En suma, parece que la voluntad concorde de las partes actúa sobre los efectos, no sobre el acto que solamente queda despojado de eficacia.

Cuestión enlazada con la anterior es la relativa a los efectos retroactivos y a la oponibilidad a terceros, titulares de derechos adquiridos en el período intermedio entre el contrato inicial constituyente y el extintivo. Y en cuanto a las prestaciones ya efectuadas, la respuesta acerca de su posible retransmisión dependerá de que la relación anterior (extinguida) fuera de tracto único o de tracto sucesivo.

Por último, el problema que ha levantado mayor polémica es el de la aplicación del mutuo disenso a un contrato que ya ha sido consumado, problema que para la autora se resuelve conforme a la tradición romana, cifrada en entender que el mutuo disenso juega necesariamente antes de que la cosa se entregue o el precio se pague. El mutuo disenso puede derivarse de un consentimiento tácito que haga desaparecer los efectos de un contrato perfecto pero no consumado. En cambio, una vez consumado, es difícil su revocación por acuerdo tácito de las partes; para restituirse las recíprocas prestaciones las partes tendrán necesariamente que celebrar un nuevo contrato del que se deriven obligaciones conducentes a tal finalidad.

Cierra el estudio un breve capítulo dedicado a la extinción del mutuo disenso, por acuerdo entre las mismas partes contratantes que deje sin efecto el de mutuo disenso. El efecto de este segundo disenso parece que habra de ser, salvo que se estipule otra cosa, que las partes quieren volver a estar vinculadas por el convenio primitivo, ya que a través del segundo mutuo disenso están removiendo el obstáculo que suponía el primer mutuo disenso para exigirse las prestaciones del contrato inicial, que revive una vez que ha desaparecido el obstáculo.

Libro, en suma, muy interesante, en el que sorprende la cantidad y la variedad de cuestiones que la autora ha sabido descubrir en torno a una figura aparentemente pacífica. Cuestiones a las que siempre se da un tratamiento ajustado y una respuesta bien fundamentada.

José FERRANDIS VILELLA

RAMOS NÚÑEZ, C.: «Codificación, Tecnología y Postmodernidad. La muerte de un Paradigma», ARA Editores, Lima, 1996, págs. 94.

1. Carlos Ramos Núñez, profesor en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú y autor de varios trabajos sobre temas histórico-jurídicos, se ocupa en esta ocasión de la influencia de algunos fenómenos característicos de nuestro tiempo en el cuestionamiento de la vigencia teórica y práctica del arquetipo o modelo de los Códigos nacionales, a los que en algún momento denomina «pequeños dioses de la modernidad».

En un libro mayormente descriptivo que no intenta llegar a conclusiones, sino sólo plantear y discutir problemas, la codificación y sus productos naturales —los Códigos— son descritos como el *paradigma* jurídico de la sociedad moderna según el conocido esquema de las revoluciones científicas desarrollado por Thomas S. Kuhn. Dicho paradigma se afirmó desde mediados del siglo XVIII como consecuencia de una serie de factores (los progresos de las ciencias naturales, las nuevas posibilidades tecnológicas relacionadas con la imprenta, las ideas jurídico-políticas de la Ilustración y el fortalecimiento de los Estados nacionales), mientras que en la actualidad es pertinente preguntarse por su posible deterioro ante la evidencia del imparable avance de fenómenos como la inflación legislativa, el internacionalismo y la globalización y los cambios tecnológicos en el campo de la información y su manejo. Ciertos signos de reviviscencia de la actividad codificadora en épocas recientes, alentada por el «perecimiento ideológico del socialismo» (de donde la etiqueta de «recodificación liberal» aplicada globalmente a la tendencia) y por la creencia en la compatibilidad de los Códigos con las nuevas tecnologías informáticas, no bastarían, a juicio del autor, para eliminar el escepticismo en cuanto a la subsistencia de la noción clásica de Código y a su papel como centro del sistema legal. La arribada a un nuevo «*Ius Commune* de la postmodernidad», constituido por fuentes numerosas y heterogéneas y superador de la actual «legolatría», se sugiere finalmente como hipótesis a modo de posible resultado de estas transformaciones todavía en curso.

De las cuestiones apuntadas trata el autor a lo largo de cuatro capítulos precedidos de un Prefacio y una Introducción y seguidos de una relación bibliográfica final. La obra está dedicada a la memoria de Francisco Tomás y Valiente.

Sirva esta apretada síntesis para destacar la gran actualidad de los problemas analizados en este librito, cuya lectura provoca no pocas reflexiones a la vez que invita a hacer alguna puntualización sobre la exactitud y las implicaciones de ciertas ideas vertidas por el autor.

2. De los tres vocablos que componen el título del libro —Codificación, Tecnología, Postmodernidad— el tercero intenta presumiblemente caracterizar de forma colectiva los fenómenos descritos por el autor o la situación compleja originada por la conexión de todos ellos. La formación de microsistemas legislativos consiguiente a la multiplicación de leyes especiales, la quiebra del Estado nación y la superación de su modelo característico de ordenamiento jurídico, o las extraordinarias posibilidades que para la difusión y el tratamiento de la información jurídica traen consigo los nuevos artilugios de la informática y la telemática (CD-ROM, Internet, hipertexto) son, a no dudarlo, temas de penetrante «modernidad» en el sentido más usual de esta palabra. Qué quiera significarse en cambio con aquella otra («postmodernidad» = cualidad de «postmoderno»), es algo que el autor no explica y que, por otra parte, no resulta directamente comprensible a quien escribe.

A esta precisión, de carácter más que nada estético, deseo añadir otra bastante subjetiva sobre las alusiones desperdigadas por el libro al colapso, rápido deterioro o perecimiento ideológico del socialismo e ideas afines (pp. 18, 42, 75). Sin entrar en discusiones que no son de este lugar sobre la verdad de tal decadencia o fallecimiento ideológico, pero sí desde el cansancio producido por la insistencia machacona en este discurso, me atrevería a sugerir la conveniencia de equilibrarlo con alguna ponderada reflexión acerca

del «liberalismo real» que hoy se quiere hacer pasar como único modelo posible tanto en América como en Europa.

Mucho más concretas e impersonales (*i.e.*, objetivas) son las observaciones siguientes.

Fiel a la idea de paradigma y al esquema de las revoluciones científicas de Kuhn —que aplica como modelo explicativo—, el autor presenta reiteradamente la codificación y los Códigos como fruto (entre otras causas) de una transformación tecnológica consistente en la implantación de la imprenta (pp. 26,63 y ss., 69,82) y llega al extremo de decir que la Escuela de la Exégesis fue «una extrapolación directa y poco disimulada de la tipografía en el Derecho» (p. 63). A mi juicio hay aquí dos inexactitudes. En primer lugar, la generalización de la imprenta no lleva en modo alguno a la idea de Código, sino que constituye como mucho uno de los elementos «pasivos» que hicieron más sencilla su realización. De hecho, entre la aparición de la imprenta y los primeros éxitos de la codificación pasan cerca de dos siglos en los que aquélla, ya generalizada, sirve todavía (y bien eficazmente) a la ciencia jurídica tradicional que se expresa mediante glosas, comentarios y recopilaciones (1). Es por ello exagerado el intento de explicar la tendencia estructural de los Códigos hacia el sistema, el orden lógico y secuencial y la formulación clara de las normas como fruto de la innovación tecnológica que supuso en aquella época la imprenta (según el autor el Código habría sido «concebido bajo las pautas que la métrica tipográfica reclamaba»: p. 64). En cuanto a la Escuela de la Exégesis y su estricta dependencia del orden lineal del Código, lo mínimo que cabe decir de ella es que su método tampoco es consecuencia del triunfo de la tipografía, sino resultado de toda una serie de factores jurídico-políticos que no es el caso valorar ahora. Por lo demás, aparte de los pandectistas, cuyo estilo de interpretación es recordado por el autor como ejemplo de relativización del orden secuencial (p. 69 nt. 42), lo cierto es que la mera exégesis gramatical del texto codificado hace mucho que perdió vigencia como método jurídico sin necesidad ninguna de abandonar la función del Código como paradigma (2).

Por lo que respecta al papel de los medios informáticos y telemáticos en el impulso de un nuevo paradigma jurídico, en vías de desplazar al viejo derivado de la codificación aunque coexistiendo coyunturalmente con él (p. 85), es inevitable preguntarse por su verdadera dimensión. En efecto, ¿por qué han de ser los medios electrónicos una amenaza para la supervivencia de los Códigos si resulta que éstos son fácilmente informatizables (p. 61)? ¿Cuánto es realmente lo nuevo en este aspecto y a qué afecta esa novedad, tan sólo al Código como objeto físico o también a su idea y significación específicamente jurídica? Pues no parece del todo exacto, por ejemplo, que pueda culparse al Código de impedir o dificultar los procesos mentales asociativos a causa de su estructura lineal y estática que el hipertexto permite superar (pp. 66 y ss.). Ni

(1) Recordemos simplemente que la *Novísima Recopilación* que tan acerbas críticas mereció de MARTÍNEZ MARINA y SEMPERE GUARINOS data nada menos que de 1805.

(2) Al respecto, *vid.* por todos G. FASSÒ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. 3 (Siglos XIX y XX), Madrid, 1988, pp. 24 y ss.; M. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, 1994, pp. 86 y ss.: «la edificación programática del texto no debe confundir. El texto sigue sin tener ningún valor por sí mismo. Sólo vale como traducción de la voluntad del legislador» (p. 88).

tampoco que el Código haya logrado nunca cumplir el ideal —irrealizable— del sistema jurídico cerrado, unitario, completo y coherente; de ahí los compromisos inevitables a los que se vio pronto obligada la pura y simple exégesis literal y finalmente su abandono.

Igual que hemos matizado la afirmación de que el Código fue el resultado de una transformación tecnológica nos parece ahora discutible que su impugnación pueda provenir de una revolución del mismo género (p. 82). En realidad, la verdadera revolución o «postmodernidad» se daría únicamente si llegara a alcanzarse el objetivo que algunos persiguen y preconizan: la automatización de la interpretación y la aplicación de las normas a la resolución de los problemas jurídicos con la ayuda de las tecnologías informáticas (3). El resto es sólo facilidad y rapidez en la difusión y el tratamiento de la información jurídica, y aunque tiene, por descontado, importantes consecuencias prácticas, tal vez no entraña tanto como un cambio de paradigma jurídico (seguramente sí un cambio de paradigma científico o tecnológico). Precisamente, el gran servicio que esas nuevas tecnologías están en grado de prestar a la recomposición de valores y principios jurídicos gravemente atacados por la inflación legislativa (como la certeza del derecho y la seguridad jurídica, o la regla *ignorantia iuris nocet*: pp. 36 y ss., 39, 58, 71), puede ser revelador de una nueva fortaleza del veterano modelo del derecho codificado en la versión degenerada del mismo que representa la legislación de nuestro tiempo. En todo caso, la posibilidad de manipular con ordenadores un sistema legislativo de otro modo inabarcable no debe acallar nuestra inquietud frente a un caos jurídico-normativo que no deja de ser tal por el sólo hecho de que una máquina facilite en cierto modo su mecánico manejo.

3. El libro del profesor Ramos Núñez, breve de por sí, está escrito con soltura y se lee con agrado e interés. Si algunas de sus ideas han sido discutidas o precisadas en los párrafos anteriores, ello se debe únicamente a que forman parte de un debate vivo en el que no es difícil sentirse incitado a participar. Por lo demás, cualquier contribución a la tarea de iluminar la historicidad de la codificación y de los Códigos como expresión contingente de la experiencia jurídica debe ser siempre bienvenida en interés de mantener y acrecentar la deseable conciencia crítica en el campo del derecho.

Francisco CUENA BOY
Catedrático de Derecho Romano
Santander

(3) Éste sería el ámbito de lo que el profesor ANIBAL MAGGIO. Luis llama «informática decisoria» (por contraposición a la «documental» y a la «de gestión»). De sus interesantes observaciones me permito destacar estas ideas: «El “criterio jurídico” de cualquier aparato programado responderá al “criterio jurídico” del hombre que lo programe»; «Cuantas más funciones puedan transferirse y satisfacer las computadoras, mejor se irá perfilando y asegurando el núcleo del acto jurisprudencial; probablemente, despejado y fijado por la computadora todo el contexto de datos y variables, sólo quede un margen mínimo, un acto escueto de decisión. Y es precisamente aquí donde correspondería enfocar el momento típicamente jurisprudencial. No en la sustitución (scil., por las computadoras) de todo un cúmulo de funciones tradicionalmente asignadas a la mente humana». Vid. L. A. MAGGIO, *El Derecho Romano y la función del jurista a fines de siglo*, en *Memoria del IX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano: «El Derecho Romano y los Derechos Indígenas: Síntesis de América Latina»* (18-20 de agosto de 1994, Xalapa, Veracruz, México), Tomo I, Veracruz, 1996, pp. 61 y ss. (las citas en las pp. 89 y 90 y ss.).

VV.AA. (Sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi): «Droit de la Famille», Ed. Dalloz Action, 1996, págs. 851.

En los últimos años la doctrina francesa cuenta con excelentes Manuales de Derecho de Familia; en efecto, además de los autores clásicos que se han ocupado de ella en una exposición general del Derecho Civil (Carbonnier, Marty, Raynaud, los Mazeaud, Terré), están apareciendo en época reciente una serie de Manuales universitarios sobre la familia, que se van acreditando en el panorama bibliográfico francés por sus excelentes cualidades; a título de ejemplo es el caso de *La famille* de Colombet (3.ª ed., 1994), la obra de igual título de Cornu (4.ª ed. 1994) o la de Malaurie-Aynés —inserta, por lo demás, en un excelente Curso— (5.ª ed. 1995-1996) sin olvidar el amplio *Traité de Droit de la Famille* de Hauser y de la prematuramente desaparecida profesora Huet-Weiller (en dos tomos, el primero de los cuales está en 2.ª ed., en 1993). En este nuevo y acreditado grupo de «familiaristas» hay que incluir a la profesora lionesa Jacqueline Rubellin-Devichi, Directora del prestigioso *Centre de Droit de la Famille* de Lyon, vicepresidente de la *Association Internationale de Droit de la Famille*, y que ahora dirige la presente obra colectiva que aparece —y ello es otra singularidad destacable— en la nueva colección *Dalloz Action* (en la misma colección han aparecido ya: *Droit de l'emploi*, *Droit de la responsabilité*, *Gestion de l'immeuble*, *Urbanisme*: sin duda, una nueva forma de presentar las obras jurídicas).

Bajo la dirección de la prof. Rubellin-Devichi, una veintena de profesores y profesionales del Derecho han elaborado una obra, algo diferente de los clásicos manuales sobre Derecho de familia; resulta algo menos académica, aunque no olvida el tratamiento de las cuestiones más debatidas por la doctrina o en sede jurisprudencial; muy vinculada a la práctica, por lo cual tiene en cuenta resoluciones judiciales a todos los niveles; sin notas a pie de página, sino incorporadas al texto (lo que, acaso, dificulta la lectura del lector menos familiarizado con la literatura francesa); muy ambiciosa en su amplitud metodológica, pues se hace puntual referencia al Derecho internacional de la familia, se invoca oportunamente el derecho comparado, se aduce el dato sociológico; no puede pasarse por alto la novedad —probablemente de origen anglosajón— contenida en la tercera y última parte de la obra en la que, bajo el epígrafe *Les solidarités à l'égard de la famille* se ocupa, no sólo de los alimentos civiles, sino de la intervención de organismos públicos en el percibo de aquéllos, incluso en sus aspectos internacionales, así como de la sanción penal por abandono familiar y de las prestaciones sociales familiares y de la protección administrativa y judicial del menor.

Sorprende agradablemente la preocupación de los autores por estar «a la última», tanto en legislación (se tiene en cuenta la reforma de la adopción por ley de 5 de julio de 1996) como en el dato sociológico (Suecia se encuentra actualmente a la cabeza de la fecundidad en Europa con 2,09 hijos por mujer; en 1995 nacieron en Francia 18.000 niños más que en 1994, consecuencia quizá de la Ley sobre la familia de 25 de julio de 1994; tres cuartas partes de los 260.000 millones de francos gestionados por las Cajas de Alocaciones Familiares se destinan a la política familiar). También la buena dosis de realismo frente a la irrupción de nuevas costumbres morales y sexuales, recordando la cita de Carbonnier: «la plupart des couples se marient et ne divorcent pas; il y a plus d'enfants légitimes que d'enfants illégitimes, le nombre des naissances dépasse celui des avortements».

Realismo y *bon sens* a propósito de las parejas de hecho. La prof. Rubellin-Devichi escribe a este propósito: «Un único matrimonio: ante el ascenso creciente de concubinatos y el inquietante descenso del número de matrimonios, y dado que el Estado no puede desinteresarse de la fundación de la familia, algunos se preguntan si no sería preciso crear, quizá en contra de la voluntad de los mismos concubinos, *un mariage de seconde zone*, una especie de *statut du concubinage*, al menos para evitar que los concubinos se aprovechen de su situación. Pero se ha alegado justamente que este estatuto (del que escaparían quienes lo quisieran sin más que abstenerse de cumplir sus requisitos) se parecería a un matrimonio (un matrimonio forzoso, por otra parte) y que no hay lugar para dos instituciones paralelas en nuestro derecho» (p. 25). Oportuno aviso para navegantes cuando nuestras Cortes se enfrentan a una ley de parejas de hecho.

Igualmente cabe destacar el realismo a propósito de la adopción. La propia autora observa en relación con la ley de reforma: «El deseo del hijo jamás ha sido tan intenso, y sería preciso tomar conciencia de que, dígame lo que se diga, y aunque la adopción se aprueba en beneficio del hijo, y aunque en primer término debe responder a la situación de necesidad de un niño que carece de familia, sin embargo ella responde de hecho y en primer término a la necesidad que una pareja estéril tiene de un hijo» (p. 497).

Por la riqueza de datos, por la claridad de ideas sobre los temas fundamentales, por la amplitud de tratamiento, se trata de una obra recomendable para el lector español.

Gabriel GARCÍA CANTERO

Revistas extranjeras

A cargo de: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ
M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO
M.^a Paz GARCÍA RUBIO
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Alma M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN
Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. Derecho Civil: 1. Parte general. 2. Derecho de la Persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varias.— II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de Sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.— Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. ALPA, G.: «Finzioni giuridiche», CI, 1995, n.º 3, págs. 1281-1299.

Definición. Historia. Clasificación. Identificación de las ficciones. Razones prácticas de las ficciones. Presunciones y ficciones. La presunción de conocimiento de la ley. (A.R.G.)

2. ANTON-MATTEI: «Ouragan sur la force majeure», SJ, 1996, n.º 7, págs. 83-84.

Análisis sobre la calificación de fuerza mayor en recientes sentencias de 1994 y 1995. (ARANDA/SIERRA)

3. AULETTA, F.: «L'inefficacia del sequestro per effetto di sentenza straniera - nota a Trib. Roma 25 marzo 1995 (ord.)», GC, 1996, n.º 5, págs. 1479-1486. (R.D.R.)

4. BEZZENBERGER, T.: «Ethnischen Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht», ACP, 1996, págs. 395-434.

La conformidad con el parámetro de las «buenas costumbres», reclamado por los §§ 138 y 826 BGB debe decidirse, según el autor, atendiendo a los Derechos Fundamentales recogidos en la Constitución. El principio de igualdad que proclama el art. 3 GG, por tanto, ha de tenerse en cuenta para la interpretación de las cuestiones jurídico-civiles, y ha de prevalecer sobre la libertad, pues en otro caso la propia libertad peligraría. En consecuencia, cualquier tipo de discriminación por razón de origen, procedencia, nacionalidad o raza es contraria a las buenas costumbres. Las observaciones anteriores se concretan por el autor en las consecuencias que de tal discriminación se derivan en el ámbito civil, su significado para la eventual nulidad del negocio o para la indemnización de daños y perjuicios; pero también se señalan aquellos ámbitos en los cuales la libertad personal debe primar permitiendo la libre elección, y en los cuales puede estar justificado un diferente tratamiento en función de las circunstancias mencionadas (I.G.P.)

5. COHEN-JONATHAN: «De la competence du juge judiciaire pour interpréter les Traités internationaux. Un reirement attendu: l'arrêt de la Banque Africaine de Développement», GP, 1995, n.º 180-181, págs. 2-3.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación (1.º Ch.civ.) de 19 de diciembre de 1995. La incidencia del derecho de la Convención europea de los Derechos del Hombre: Sentencia Beaumartin de 24 de noviembre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

6. DENOZZA, F.: «La struttura dell'interpretazione», RTDPC, 1995, n.º 1, págs. 1-73.

Revisión de los criterios y métodos de interpretación jurídica y el significado unívoco de las normas. (R.D.R.)

7. DRAGO: «Lois: de la codification à l'évaluation», SJ, 1996, n.º 30-35, págs. 311-312.

Primeros comentarios de la circular de 30 de mayo de 1996 y de la ley n.º 96 de 14 de junio de 1996. (ARANDA/SIERRA)

8. EIDENMÜLLER, H.: «Die Banken im Gefangenendilemma: Kooperationspflichten und Akkordstörungsverbot im Sanierungsrecht», ZHR, 160, 1996, págs. 343-373.

La experiencia demuestra que el Derecho alemán en materia de insolvencia y en general la regulación de la quiebra ha fracasado como instrumento al servicio de una recuperación y saneamiento de la empresa; se espera que esta situación cambie con la nueva regulación que habrá de entrar en vigor el 1-1-1999. Mientras tanto, el autor destaca la importancia de los procedimientos extrajudiciales y los acuerdos de los acreedores, llamados a conservar su vigor en el futuro, y analiza con detalle los denominados deberes de cooperación que existen entre los acreedores de un mismo deudor, como medio de llegar a un saneamiento de la empresa en caso de quiebra. (I.G.P.)

9. EIDENMÜLLER, H.: «Rechtsanwendung, Gesetzgebungs-und ökonomische Analyse», ACP, 1997, págs. 80-135.

La teoría del análisis económico del Derecho, importada de los Estados Unidos, plantea varios problemas desde un punto de vista institucional. El autor se pregunta si la recepción depende fundamentalmente de los jueces que deben proporcionar la solu-

ción económicamente eficiente, o si más bien corresponde al legislador determinar el alcance con el que el Derecho debe reflejar el punto de vista económico. Amas opciones se analizan con detenimiento, así como el servicio que los argumentos económicos prestan para la interpretación y el desarrollo del Derecho civil. (I.G.P.)

10. JESTAZ: «Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre». RTDC, 1996, n.º 2, págs. 299-312.

Estudio histórico del desplazamiento de las fuentes del Derecho desde Roma hasta la actualidad en Francia e Inglaterra. (ARANDA/SIERRA)

11. KERN, B.: «Neuere Entwicklungen im Bürgerlichen Recht», JuS, págs. 1-6.

Nuevas orientaciones en Derecho privado.

El artículo realiza una síntesis de las líneas generales de desarrollo del Derecho privado alemán en los últimos 12 años, poniendo especial énfasis en las modificaciones impuestas por la reunificación y, sobre todo, por la creciente intervención de la Justicia constitucional en el ámbito del Derecho privado, cuya culminación fue la conocida y controvertida Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 19 de octubre de 1993. (M.P.G.R.)

12. MEMETEAU: «De l'existence d'un droit médical du handicap moteur?», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 17-23.

La apariencia de un derecho médico especial. La integración en el derecho común. (ARANDA/SIERRA)

13. SACCO: «Le droit muet». RTDC, 1995, n.º 4, págs. 783-796.

Visión macro-histórica del Derecho. El derecho y el legislador. (ARANDA/SIERRA)

14. SARTOR, G.: «Precedente giudiziale», CI, 1995, n.º 3, págs. 1300-1355.

Artículo dedicado a los precedentes judiciales en el Civil Law y en el Common Law. (A.R.G.)

15. SCHMOECKEL, M.: «Der maßgebliche Zeitpunkt Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 1 BGB», ACP, 1997, págs. 1-79.

El § 138 BGB dispone la nulidad de los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres. Se trata, sin embargo, de un parámetro cuya movilidad se ha acentuado desde la revolución industrial y que ha suscitado el problema del momento temporal que debe tenerse en cuenta para determinar la eventual nulidad del negocio por infracción de la citada norma. El autor expone las diversas opiniones que en la doctrina y la jurisprudencia se han dado a este respecto a la vista de distintos supuestos, considerando además la posibilidad de que en el ámbito del derecho de obligaciones y en el de la sucesión *mortis causa* las respuestas no sean iguales. En principio considera que el Juez debe partir de la situación que las partes han tenido en cuenta en el momento de celebrar el negocio, y protegerles frente a una retroactividad de las concepciones imperantes en un momento posterior por exigirlo así la protección de la confianza y la seguridad jurídica. (I.G.P.)

16. TARUFFO, M.: «Le prove», RTDPC, 1995, n.º 4, págs. 1479-1483.

Breve estudio jurisprudencial acerca del valor probatorio de las presunciones. (R.D.R.)

17. TEYSSIE: «Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique», SJ, 1996, n.º 4, págs. 51-58.

La necesidad de adaptar la empresa a las evoluciones previsibles debe constituir una causa real y seria de despido. (ARANDA/SIERRA)

2. DERECHO DE LA PERSONA

18. BIANCO, F.: «L'adozione dei singoli e la tutela dell'interesse del minore», DFP, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 490-496.

Comentario a Corte Cass. 21-7-1995, n.º 7950 respecto a la prohibición de la adopción de un menor por parte de una persona sola. Estudio de la Convención de Estrasburgo de 24 de abril de 1967 y de la legislación vigente en Italia en este punto. (A.R.G.)

19. BIGOT: «Le point sur l'application des art. 53 et 55 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 devant les juridictions civiles», GP, 1996, n.º 201-202, págs. 2-5.

Sobre las dificultades que la aplicación de estos artículos ha puesto de manifiesto la sentencia de la Corte de casación, 2.º civ., de 21 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

20. BONAMORE, D.: «Il diritto ai libri di testo gratuiti nelle teoriche sulla scuola-servizio ovvero sulla scuola-funzione», DFP, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 445-477.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 30 de diciembre de 1994 n.º 454 sobre la materia escolar y el principio de paridad entre las escuelas públicas y privadas. (A.R.G.)

21. BONNEAU: «Bioéthique», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 82-86.

Nota a la sentencia de casación (1.º civ.) de 9 de enero de 1996. Asistencia médica a la procreación. Embriones fecundados in vitro y congelados. Muerte del donante. Demanda de inseminación «post mortem» por la viuda. Destrucción de los embriones. Violación del art. 9 de la ley 94.654 de 29 de julio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

22. BONOMI, A.: «La disciplina dell'adozione internazionale dopo la riforma del diritto internazionale privato», RDC, 1996, n.º 3, parte seconda, págs. 355-386.

Observaciones en torno a la evolución del instituto de la adopción, y las modificaciones de Derecho internacional privado que ha introducido la ley 31 de mayo de 1995, n.º 218, sobre ley aplicable a la constitución y revocación de la adopción, relaciones entre adoptante y adoptado, jurisdicción y reconocimiento de procedimientos extranjeros. (R.D.R.)

23. BOUIS: «Autodiscipline et BVP», GP, 1996, n.º 147-151, págs. 2-3.

Es necesario conciliar la libertad y la intervención de la autoridad pública. (ARANDA/SIERRA)

24. BUSNELLI, F.D.: «Interessi della persona e risarcimento del danno», RTDPC, 1996, n.º 1, págs. 1-25.

Análisis del daño a la persona y su reparación económica, en torno al art. 2059 C.c. y diferentes supuestos. (R.D.R.)

25. BYC: «Chronique d'actualité: bioéthique», SJ, 1996, n.º 36, págs. 325-332.

Legislación, jurisprudencia y la advertencia de las instancias de ética. (ARANDA/SIERRA)

26. BYK: «Biotechnologies: du droit retrouvé au droit manipulé? GP, 1996, n.º 196-198, págs. 6-10.

El cuerpo inventado. ¿Primacía de la ética sobre el rigor jurídico? (ARANDA/SIERRA)

27. CALABRESE, A.: «Diritto di cronaca, cronaca giuridiziaría, tutela della reputazione e della credibilità economica dell'imprenditore», RTDPC, 1995, n.º 2, págs. 739-758.

Análisis del conflicto entre la libertad de prensa y la tutela de la dignidad de la persona. Concreto tratamiento del derecho de crónica, incluso judicial, y la responsabilidad civil por lesión de la reputación y credibilidad económica del empresario. Criterios de cuantificación del daño. (R.D.R.)

28. CAMPION: «Le médicament générique: la nouvelle donne», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 34-40.

La reglamentación sanitaria: un dispositivo específico puesto en marcha. Los medicamentos genéricos y su dispensa. (ARANDA/SIERRA)

29. CHAMY: «Le droit des déchets hospitaliers», GP, 1996, n.º 194-195, págs. 9-12.

La reglamentación relativa a los desechos hospitalarios. La responsabilidad civil. La responsabilidad penal. (ARANDA/SIERRA)

30. CIONTI, F.: «Considerazioni sulla formazione del concetto di immagine e relativi diritti - L'immagine dipinta», Dir. Aut., 1996, n.º 2, págs. 172-199.

La imagen y el cuerpo. El mecanismo de identificación mediante la imagen. La imagen como signo distintivo de la identidad física y no de la psíquica. La imagen como signo distintivo de la personalidad. Fases en la evolución del concepto de imagen. La imagen en los tiempos de la pintura. (A.R.G.)

31. CROZE: «Les fonctionnalités d'un logiciel ne sont pas protégeables en tant que telles», SJ, 1996, n.º 28, págs. 306-307.

Nota a la sentencia del TGI de París (3.ª Ch.) de 4 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

32. DEANGELI, A.: «Madre coniugata e riconoscimento del figlio naturale», 1995, n.º 4, págs. 1425-1444.

Comentario al art. 250 C.c., que permite el reconocimiento de los anteriormente denominados «hijos adulterinos», abandonando dicha terminología. Problemas de interpretación y adaptación de la normativa sobre la materia. (R.D.R.)

33. DERIEUX: «Le grand secret: renouvellement temporaire de l'ordonnance de référé», SJ, 1996, n.º 19, págs. 195-200.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París (1.ª Ch.A) de 13 de marzo de 1996. (ARANDA/SIERRA)

34. DERIEUX: «“Le grand secret”: ordonnance de référé et protection du secret médical», SJ, 1996, n.º 8, págs. 87-89.

Nota a la sentencia TGI de París de 18 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

35. DREIFUSS-NETTER: «L'arrêt Pires ou l'application d'une loi virtuelle à des personnes potentielles», RDS, 1996, n.º 27, págs. 376-381.

Nota a la sentencia de casación 1.ª Civil de 9 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

36. FOSSIER: «D'application des lois bioéthiques de 1994 et du code de déontologie de 1995», GP, 1996, n.º 194-195, págs. 2-4.

La enfermedad mental y el derecho del acto médico y de la investigación. De la deontología a la ética cara a la enfermedad mental. (ARANDA/SIERRA)

37. FRAYSSINET: «L'obligation d'information préalable et l'exercice du droit d'opposition à un fichage ou à un traitement automatisé de données nominatives», RDS, 1996, n.º 26, págs. 370-372.

Nota a la sentencia de casación criminal de 25 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

38. GALLOT LUSSAN: «Sommaires de jurisprudence», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 104-107.

Coloquio bioético. Test genéticos y vida social. (ARANDA/SIERRA)

39. GARÉ: «Changement de prénoms: entre intérêt légitime et convenance personnelle», RDS, n.º 25, págs. 355-356.

Nota a la Corte de apelación de París de 21 de noviembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

40. GARÉ: «Le coup de force, le juge et l'intérêt de l'enfant», SJ, 1996, n.º 2, págs. 34-35.

Nota a la sentencia de apelación de Aix-en-Provence (6.ª ch.civ.) de 30 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

41. GONI: «La chirurgie sans transfusion de sang et les données de la science», GP, 1996, n.º 194-195, págs. 5-8.

Una crítica al aforismo de que la verdad de hoy es el error de mañana. La evolución de las técnicas. La aplicación de los Tribunales. El rol de los expertos. (ARANDA/SIERRA)

42. GOURON-MAZEL: «La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'homme», SJ, 1996, n.º 23, págs. 221-227.

Estudio jurisprudencial con cuadros comparativos entre las distintas salas. (ARANDA/SIERRA)

43. GOUTTENOIRE: «La capacité du mineur d'interjeter appel en matière d'assistance éducative», RDS, 1996, n.º 30, págs. 420-424.

Nota a la sentencia de casación 1.º Civil de 21 de noviembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

44. GROMB: «De l'influence du consumérisme sur l'humanisme médical», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 24-30.

El lugar del consentimiento en el contexto de la responsabilidad médica. El consumismo y la relación médico-paciente. (ARANDA/SIERRA)

45. GUIHO: «L'acquisition de la nationalité à raison du mariage n'est pas ouverte à un étranger qui était française à la date de son mariage», RDS, 1996, n.º 24, págs. 338-339.

Nota a la sentencia de apelación de París de 19 de diciembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

46. HARICHAUX: «Affaire bellet: condamnation de l'Etat française pour défaut d'effectivité du droit d'accès à un tribunal des victimes du SIDA transfusionnel», SJ, 1996, n.º 22, págs. 238-241.

Nota a la sentencia de la corte EDH de 4 de diciembre de 1995 (aff. 21/1995/527/613). (ARANDA/SIERRA)

47. HAUSER: «Jurisprudence française: personnes», RTDC, 1995, n.º 4, págs. 861-865.

Comentarios a diversas sentencias sobre estado civil, derechos de la personalidad e incapacidad. (ARANDA/SIERRA)

48. HAUSER: «Jurisprudence française: personnes», RTDC, 1996, n.º 1, págs. 129-133.

Comentarios a diversas sentencias sobre estado civil e incapacidad. (ARANDA/SIERRA)

49. HAUSER: «Jurisprudence française: personnes», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 355-364.

Comentarios a diversas sentencias sobre estado civil, derechos de la personalidad e incapacidad. (ARANDA/SIERRA)

50. LACHAUD: «Sommaires de jurisprudence», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 102-103.

Las leyes bioéticas de 1994 y la donación de órganos: los valores morales y religiosos de la norma de derecho. (ARANDA/SIERRA)

51. LAJARTRE: «Fonctions et fictions des “miradors électroniques” publics. La “vidéosurveillance” dans la loi du 21 janvier 1995», SJ, 1996, n.º 36, págs. 317-324.

La función de la videovigilancia pública: la protección del orden público. Las ficciones de la videovigilancia: la insuficiencia de las garantías ofrecidas a los ciudadanos. (ARANDA/SIERRA)

52. LENOIR: «3^{eme} session du comité international de bioéthique: Esquisse révisée d'une déclaration sur la protection du génome humain», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 79-96.

Finalidad de las investigaciones sobre el genoma humano. Intervención sobre el genoma humano y derechos y libertades de la persona humana. Derechos y obligaciones de los investigadores. Deberes y responsabilidades frente a otros. La cooperación internacional. (ARANDA/SIERRA)

53. L.E.R.A.D.P: «Droits de l'énfant», RDS, 1996, n.º 27, págs. 231-242.

Notas a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

54. LUCAS: «Aperçu rapide sur la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données», SJ, 1996, n.º 22, pag. 233.

Derechos de autor. Derechos «sui generis». (ARANDA/SIERRA)

55. MACIOCE, F.: «La rettifica delle notizie lesive della personalità: disciplina attuale e prospettive future», RTDPC, 1996, n.º 2, págs. 649-659.

Breves apuntes acerca del derecho de rectificación en el ámbito de la tutela de los derechos de la personalidad, y su futuro desarrollo. (R.D.R.)

56. MARZO, G.: «Il cognome della donna coniugata», RTDPC, 1996, n.º 1, págs. 27-70.

Análisis del apellido familiar y sus efectos en la esfera pública y privada, a propósito de la presentación de un proyecto de ley, modificador de los arts. 143-bis, 156-bis y 262 C.c., para otorgar a los esposos el derecho a elegir el apellido de la nueva familia matrimonial. Referencia a la normativa alemana. (R.D.R.)

57. MASSIP: «L'intervention du plaignant devant le tribunal chargé d'ordonner le retour d'énfants illicitement déplacés selon la convention de la Haye du 25 octobre 1980», RDS, 1996, n.º 28, págs. 393-395.

Nota a la sentencia de casacion 1.ª Civil de 7 de junio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

58. MAZEN: «De l'imprécision de la définition du médicament ou la révolte de la Commission européenne des droits de l'homme», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 3-5.

Elementos que intervienen en la definición de medicamento: la presentación, la función y la composición. La comisión europea y el medicamento. (ARANDA/SIERRA)

59. MOSCA, S.: «Il diritto di sepolcro e la discendenza femminile», NGCC, 1996, núm. 2, parte prima, págs. 246-249.

Comentario a Cass. 19-5-1995 n.º 5547 respecto al derecho de sepulcro familiar de las hijas casadas del fundador y de sus descendientes. (A.R.G.)

60. NEIRINCK: «La Cour de cassation refuse de faire droit à un transfert d'embryons post-mortem», SJ, 1996, n.º 27, págs. 289-291.

Nota a la sentencia de casación (1.ª Civil) del 9 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

61. OLIVIER: «La radiation de la liste judiciaire des experts en identification par empreintes génétiques», GP, 1996, n.º 194-195, págs. 15-16.

Nota a la sentencia de la Corte de casación (1.ª civ.) de 12 de abril de 1995. (ARANDA/SIERRA)

62. OLIVIER/BARRY: «Des réseaux aux autoroutes de l'information: Révolution technique? Révolution juridique? 2.-Du contenu informationnel sur les réseaux», SJ, 1996, n.º 19, págs. 179-186.

Un régimen de libertad restringida. El régimen de responsabilidad. Hacia una tentativa de desresponsabilización. (ARANDA/SIERRA)

63. PACE, A.: «Il diritto sulla propria immagine nella società dei "mass media"», RTDPC, 1996, n.º 2, págs. 445-462.

Aproximación al actual problema de la convivencia entre el derecho a la propia imagen y los medios de comunicación. Vías de tutela judicial de este derecho. (R.D.R.)

64. PÉTTIT: «Noms et prenom», GP, 1996, n.º 215-216, págs. 11-12.

Nota a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París (1.ª Ch.) de 25 de mayo de 1994. (ARANDA/SIERRA)

65. PRINZ, M.: «Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien», NJW, 1996, págs. 953-958.

Reparación pecuniaria en casos de atentados a los derechos de la personalidad a través de los medios de comunicación.

El autor analiza la nueva jurisprudencia del BGH (Sentencias de 15-11-1995 y 5-12-1995) en torno a la medida de la indemnización en los supuestos de atentados a los derechos de la personalidad a través de los medios de comunicación, poniendo de manifiesto cómo los nuevos parámetros inciden de manera más eficaz en el efecto preventivo de la sanción. Se analizan también los criterios de medida, orientándose el autor por una singularización caso por caso. (M.P.G.R.)

66. RAVANAS: «L'argent et le respect dû à la vie privée», RDS, 1996, n.º 29, págs. 409-413.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Versalles de 17 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

67. RENAULT: «La publicité et le droit à l'image des personnalités politiques», GP, 1996, n.º 187-188, págs. 2-5.

Un régimen general, protector de la imagen de las personalidades políticas. La responsabilidad de los anunciantes es raramente demandada. (ARANDA/SIERRA)

68. RICOLFI, M.: «Bioetica valori e mercate: il caso del brevetto biotecnologico», RTDPC, 1995, n.º 2, págs. 627-640.

Reflexión acerca de los dilemas morales que se presentan en el campo de la biotecnología e ingeniería genética, y las cuestiones que plantean las patentes biotecnológicas en el mercado. (R.D.R.)

69. RICHARD: «Tendances actuelles du droit extraditionnel. Jurisprudence du Conseil d'Etat et Convention européenne du 10 mars 1995», SJ, 1996, n.º 13. (ARANDA/SIERRA)

70. SERGIO, G.: «Bambini contesi e processo civile: il contributo della psicologia per la tutela dei minori», DFP, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 677-686.

Necesidad de que la protección del menor se extienda también al aspecto psicológico, en especial a raíz de los momentos críticos en los que la ruptura de la pareja comporta una modificación de los hábitos de vida y del equilibrio existencial. (A.R.G.)

71. SUDRE: «Chronique d'actualité: Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», SJ, 1996, n.º 8, págs. 101-108.

Jurisdicción de la Corte. El derecho a la vida. La integridad física de la persona. El derecho a la libertad y a la seguridad. Derecho a un proceso justo. El principio de la legalidad de los delitos y de las penas. El derecho al respeto de la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia. El derecho a la libertad de expresión. El derecho a la libertad de asociación. El derecho a la libertad de circulación. El derecho a no ser juzgado dos veces. (ARANDA/SIERRA)

72. THOMAS: «Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 62-66.

Definiciones. La dependencia afectiva y la personalidad anterior. El rol familiar y la dependencia afectiva. Dependencia y seguridad en sí mismo de la persona anciana. Consecuencias de la dependencia afectiva. Propositiones. (ARANDA/SIERRA)

73. VERCELLONE, P.: «Diritti della personalità e "rights of publicity"», RTDPC, 1995, n.º 4, págs. 1163-1174.

Tratamiento de la tutela de los derechos de la personalidad, como el derecho al nombre y el derecho a la imagen, y los derechos de propiedad intelectual, como el derecho de autor, y de propiedad industrial, como el derecho de marcas, en relación con la lesión de los bienes de la personalidad en el ámbito de la publicidad. (R.D.R.)

74. VYC: «La recherche sur l'embryon humain», SJ, 1996, n.º 29, págs. 293-297.

Las investigaciones «en utero». Las investigaciones «in vitro». (ARANDA/SIERRA)

75. ZENO-ZENCOVICH, V.: «Profili comparatistici dell'alchimia: la liquidazione dell'impalpabile», RTDPC, 1995, n.º 4, págs. 1145-1162.

Estudio jurisprudencial de Derecho comparado sobre las cuestiones que plantea la lesión de los derechos de la personalidad, y el resarcimiento o indemnización del daño. (R.D.R.)

76. ZUCHELLI, N.: «La responsabilità del conduttore e dell'emittente televisiva nelle trasmissioni in diretta», Dir. Aut., 1996, n.º 1, págs. 89-95.

Responsabilidad civil profesional por el daño a la reputación de una secta religiosa en el curso de una transmisión televisiva en directo. (A.R.G.)

3. PERSONA JURÍDICA

77. BASILE, M.: «Sono davvero fondazioni le casse di previdenza dei liberi professionisti trasformate in "fondazione"?», NGCC, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 103-107.

Artículo que aborda el tema de la transformación en personas jurídico-privadas de entes públicos gestores de formas obligatorias de asistencia (d. legis. 30-6-1994 n.º 509), en especial, de los entes en favor de los profesionales liberales. (A.R.G.)

78. MONTARULI, V.: «Denominazione di enti collettivi: tra tutela dell'impresa e diritti della personalità», FI, 1996, n.º 6, I, págs. 2199-2211.

Nota a Cass. 15-12-1994 n.º 10728 y a Trib. Napoli, ord. 6-6-1995 sobre la tutela jurídica del nombre de los entes colectivos. (A.R.G.)

79. PONZANELLI, G.: «Quali regole giuridiche per il terzo settore», RDC, 1996, n.º 3, parte seconda, págs. 313-323.

Notas en torno a la reforma de la disciplina relativa a los entes colectivos sin ánimo de lucro: control, ejercicio de actividades económicas, obligaciones fiscales. (R.D.R.)

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

80. AFFERNI, G.: «Illecito del terzo e pregiudizio patrimoniale della società», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 252-254.

Comentario a Cass. 3-4-1995 n.º 3903 sobre la pertenencia a la sociedad o a los socios del resarcimiento relativo al daño causado a una sociedad por hecho ilícito de un tercero. (A.R.G.)

81. ANELLI, F: «Cessione del contratto», RDC, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 261-299.

Observaciones e información bibliográfica y jurisprudencial en torno a la disciplina general de la cesión de contratos: consentimiento, objeto, causa, forma y efectos. (R.D.R.)

82. AYNÈS: «Le cautionnement», RDS, 1996, n.º 30, págs. 263-269.

Notas a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

83. BARBIER: «Le droit de repentir du bailleur en cas de réinstallation du preneur?», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 25-27.

Comentario a la sentencia de cass, (3.ª civ.), de 18 de enero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

84. BARBIER: «La forclusion, l'action en paiement de l'indemnité d'éviction et l'action en contestation du congé», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 31-32.

Comentario a la sentencia de casación, (3.ª civ.), de 7 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

85. BARBIER: «Le locataire peut-il obtenir en cours de bail une diminution de son loyer?», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 28-29.

Comentario a la sentencia de cass. (3.ª civ.) de 24 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

86. BARBIER: «La modification des facteurs locaux de commercialité pour des bureaux», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 43-44.

Comentario a la sentencia de la C. Versailles (12.ª ch.1er.sect.) de 11 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

87. BASCHET: «La franchise est en deuil», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 22-23.

La clientela es propiedad de la franquicia. La imperativa clarificación jurisprudencial. (ARANDA/SIERRA)

88. BAYER, W.: «Vertraglicher Drittschutz», JuS, págs. 473-478.

Protección del tercero contractual.

Desde que en 1917 una decisión del RG consagró la eficacia de los contratos frente a terceros no contratantes que podían beneficiarse de la existencia del mismo (en el supuesto se trataba del familiar de un arrendatario en relación con el contrato de arrendamiento) la jurisprudencia alemana no ha dejado de progresar en el asentamiento del principio, mientras que la mayoría de la doctrina ha sido crítica con el fundamento dogmático y, en ocasiones, con las propias soluciones particulares a que conduce tal doctrina. El autor trata de asentar dogmáticamente la postura jurisprudencial. (M.P.G.R.)

89. BECKER, C.: «*Schutz von Forderungen durch das Deliktsrecht?*», ACP, 1996, págs. 439-490.

La protección del derecho de crédito a través de las normas de responsabilidad extracontractual se ha encontrado siempre con el obstáculo del § 823.1 BGB que sólo contempla la lesión de derechos subjetivos absolutos o supuestos análogos. El autor estudia con profundidad el estado de la cuestión en la doctrina alemana, si bien, con diversos argumentos y con exposición del sistema adoptado en otros países (Francia, Italia, España...) que permite afirmar la protección delictual del derecho de crédito, estima que esta posibilidad cabe igualmente en Derecho alemán. (I.G.P.)

90. BECKMANN, R. M.: «*Auswirkungen der Auge- und Ohr- Rechtsprechung auf die Beurteilung von Vollmachtsbeschränkungen*», NJW, 1996, págs. 1379-1380.

Efectos de la llamada jurisprudencia de la vista y el oído sobre la consideración de las limitaciones en el poder. A la luz de la ley sobre condiciones generales y otras disposiciones pertinentes, el autor analiza la problemática planteada por la fisura que se plantea entre el agente o representante y la información que da y recibe del contratante con anterioridad a la conclusión del contrato y los intentos del representado por no verse vinculado por lo que en definitiva no forma parte del contrato que se celebra por escrito. Las cláusulas de limitación de la amplitud del poder son el objeto del estudio. (M.P.G.R.)

91. BECOURT: «*La société de l'information*», GP, 1996, n.º 192-193, págs. 2-8.

Enumeración de las nociones básicas relativas al derecho de autor. (ARANDA/SIERRA)

92. BELOT: «*Franchise et droit au renouvellement du bail*», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 3-15.

Regulación de la franquicia. Contenido de los fondos de comercio. Propiedad de los fondos y propiedad de sus elementos de atracción. Franquicias y su clientela. (ARANDA/SIERRA)

93. BENELLI, G.: «*L'azione del destinatario contro il subvettore per l'avaria delle merci trasportate*», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 266-271.

Comentario a Cass. 26-4-1995 n.º 4620 sobre la posible reconducción del contrato de transporte a la hipótesis del contrato a favor de tercero y, en concreto, la legitimación del destinatario, como tercero beneficiario del contrato mismo, al ejercicio de la acción de resarcimiento del daño por pérdida de las cosas transportadas. (A.R.G.)

94. BERG: «*La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*», SJ, 1996, n.º 27, págs. 271-278.

El régimen de la noción de riesgo de desarrollo según la directiva de 1985. La puesta en marcha de la noción de riesgo del desarrollo a través del ejemplo alemán. El impacto de la noción de riesgo de desarrollo en Derecho francés. (ARANDA/SIERRA)

95. BERGE: «*Risque et faute dans la contamination transfusionnelle*», GP, 1996, n.º 194-195, págs. 13-14.

La reglamentación relativa a los desechos hospitalarios. La responsabilidad civil. La responsabilidad penal. (ARANDA/SIERRA)

96. BERLY: «*Situation du maître de l'ouvrage privé en cas de sois-traitance irrégulière*», RDI, 1995, n.º 3, págs. 483-495.

La acción directa por el subcontratante irregular. El incumplimiento por el contratista de las obligaciones puestas a su cargo por el art.14-1,1.º de la ley de 31 de diciembre de 1975. La acción de regreso de responsabilidad del contratante frente el subcontratante. (ARANDA/SIERRA)

97. BIGOT: «*De l'importance du débat sur la qualification juridique du contrat d'assurance-vie*», SJ, 1996, n.º 9, págs. 103-109.

Comentarios a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

98. BOCCARA: «*La tacite réconduction, l'ordre public dans les baux commerciaux de dérogation, ou le droit fondamental privé en question(s)*», SJ, 1996, n.º 2, págs. 26-30.

El retorno al estatuto y la noción de tácita reconducción. La renuncia al estatus y el orden público. Reencuentro con el derecho fundamental. (ARANDA/SIERRA)

99. BOCCARA: «*Renouvellement des baux à loyer variable: la Cour d'appel de Paris confirme la compétence du juge de la propriété commerciale*», SJ, 1996, n.º 28, págs. 309-312.

Nota a la sentencia de la Corte de Apelación de París (16 Ch.A) de 31 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

100. BOCCARA: «*Clause d'imputation en matière de cautionnement sur compte-courant*», GP, 1996, n.º 210-212, págs. 2-8.

Refleja el problema de la divergencia entre las salas de lo civil y de lo comercial de la Corte de casación en la materia. (ARANDA/SIERRA)

101. BOEMKE, B.: «*Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*», ACP, 1997, págs. 161-186.

La facultad de revocación se utiliza en la ley como un poderoso instrumento de protección del consumidor, como se refleja en varias normas: § 1 HWiG (Ley de negocios celebrados fuera de establecimientos comerciales), § 1 VerbrKrG (Ley de crédito al consumo). El estudio se dedica a la naturaleza jurídica de dicha facultad, así como la posición de las partes en el período que va desde la perfección del contrato hasta el ejercicio de la facultad de desistimiento o, en su caso, transcurso del plazo legalmente establecido, plazo éste que puede alargarse puesto que el cómputo no se inicia hasta que el consumidor haya recibido la información adecuada (I.G.P.)

102. BONNEAU: «Medicine», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 83-88.

Nota a la sentencia de apelación de París (1.ª Ch. B) de 11 de mayo de 1995. Error médico. Culpa profesional, inexistencia. (ARANDA/SIERRA)

103. BONNEAU: «Medicine», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 89-91.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París (1.ª Ch. B) de 12 de enero de 1996. Intervención quirúrgica mutilante no impuesta por necesidad inmediata. Información insuficiente y no adaptada a la edad del enfermo. (ARANDA/SIERRA)

104. BONNEAU: «Medecine», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 92-94.

Nota a la sentencia de apelación de París (1.ª Ch. B) de 9 de febrero de 1996. Responsabilidad de la clínica por sangre contaminada. Control imposible. Exoneración de responsabilidad. (ARANDA/SIERRA)

105. BONNEAU: «Veterinaires», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 95-99.

Nota a la sentencia de apelación de Caen (1.ª Ch. civ.) de 28 de noviembre de 1995. Diagnóstico de ovulación. Ecografía. Muerte de *ub jumento*. Culpa profesional. Falta de consentimiento del propietario. (ARANDA/SIERRA)

106. BOURRIÉ-QUENILLET: «Pour une réforme conférant un statut juridique a la réparation du préjudice corporel», SJ, 1996, n.º 14, págs. 139-143.

Disfuncionalidad de los mecanismos de indemnización. Proposiciones de reforma. (ARANDA/SIERRA)

107. BRAULT: «Sur l'application des nouvelles dispositions de l'art. 37 de la loi du 10 janvier 1994 dans le cadre de la liquidation judiciaire», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 33-35.

Comentario a la sentencia C. Aix-en-Provence de 29 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

108. BRAULT: «Sur la prorogation de la durée d'un bail dérogatoire antérieurement à son échéance et ses conséquences statutaires», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 31-33.

Comentario a la sentencia de casación, (3.ª civ.), de 7 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

109. BRAULT: «Sur l'exercice du droit d'option par le liquidateur du bailleur en liquidation judiciaire et ses conséquences à l'égard du preneur», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 38-39.

Comentario a la sentencia de casación, (3.ª civ.), de 6 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

110. BRAULT: «Sur l'application des dispositions de l'art. 34-3-1 du décret en cas d'inexploitation du fonds par le preneur», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 39-41.

Comentario a la sentencia C. París (16 Ch. B) de 17 de noviembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

111. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1996, n.º 1, págs. 8-14.

Comentarios a distintas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

112. BREBAN/POTTIER: «Sécurité, authentification et dématérialisation de preuve dans les transactions électroniques», GP, 1996, n.º 213-214, págs. 4-11.

La apertura de la desmaterialización documental. Hacia la constitución de nuevos sistemas probatorios. (ARANDA/SIERRA)

113. BRUN: «Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente: une autonomie de circonstance?», RTDC, 1996, n.º 1, págs. 29-56.

Sustrayendo las sustituciones de los formalismos civil y fiscal aplicables en principio a las cesiones de promesas, la Corte de casación ha dado a las primeras un tratamiento de favor sin que aparezca la verdadera diferencia entre los dos mecanismos. Este estudio se propone mostrar que la autonomía conferida a las cláusulas de sustitución no puede justificarse en el plano teórico a menos que se fueren los mecanismos exclusivos de toda cesión como la estipulación por otro de la cesión. (ARANDA/SIERRA)

114. BURGOT: «Responsabilité de médecin devant la section disciplinaire et la section des assurances sociales du Conseil de l'Ordre», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 56-59.

Las relaciones médico-paciente. Seguros sociales. Sanciones. (ARANDA/SIERRA)

115. BUSNELLI, F.D.: «Interessi della persona e risarcimento del danno», RTDPC, 1996, n.º 1, págs. 1-25.

Análisis del daño a la persona y su reparación económica, en tomo al art. 2059 C.c. y diferentes supuestos. (R.D.R.)

116. BUTA, G.: «La circolazione giuridica degli spazi di parcheggio», GC, 1996, n.º 6, págs. 281-290.

Observaciones acerca de la disciplina de los espacios destinados a aparcamiento. Orientación legislativa, doctrinal y jurisprudencial en la materia y, en concreto, los actos de disposición autónoma de estos espacios. (R.D.R.)

117. BYDLINSKI, P.: «Die Aufrechnung mit verjährten Forderungen: Wirklich kein Änderungsbedarf?», ACP, 1996, págs. 276-304.

El § 390, segundo inciso, BGB contempla la posibilidad de oponer la compensación de un crédito prescrito, siempre que en el momento de surgir el contracrédito y concurrir los demás requisitos de la compensación, no hubiere transcurrido el plazo de prescripción. El autor propone la supresión de esta norma así como modificar de *lege ferenda* las normas sobre la eficacia de la compensación. (I.G.P.)

118. CALABRESE, A.: «Diritto di cronaca, cronaca giuridiziaría, tutela della reputazione e della credibilità economica dell'imprenditore», RTDPC, 1995, n.º 2, págs. 739-758.

Análisis del conflicto entre la libertad de prensa y la tutela de la dignidad de la persona. Concreto tratamiento del derecho de crónica, incluso judicial, y la responsa-

bilidad civil por lesión de la reputación y credibilidad económica del empresario. Criterios de cuantificación del daño. (R.D.R.)

119. CARREAU: «Publicité et escroquerie», RDS, 1996, n.º 30, págs.ch. 257-262.

Publicidad y artificios: mensaje, estratagema. Publicidad y desposesión. (ARANDA/SIERRA)

120. CECCHERINI, A.: «Leasing e patto di riacquisto - nota a Cass. 28 agosto 1995 n.º 9050», GC, 1996, n.º 5, págs. 1396-1398. (R.D.R.).

121. CENDON, GAUDINO, ZIVIZ: «Responsabilità civile», RTDPC, 1995, n.º 2, págs. 673-707.

Estudio jurisprudencial sobre responsabilidad civil: causalidad, ilicitud, valoración de la culpa y resarcibilidad del daño en diferentes supuestos. El daño moral. (R.D.R.)

122. CHENUT: «L'absence d'ouvrage: á l'heure des bilans», GP, 1996, n.º 136-137, págs. 2-7.

La ausencia de trabajos no previstos en el contrato. La ausencia de trabajos previstos en el contrato. (ARANDA/SIERRA)

123. CHIANALE, A.: «Responsabilità dei genitori», RDC, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 301-304.

Breve información doctrinal y jurisprudencial acerca de la responsabilidad de los padres del art. 2048 C.c. (R.D.R)

124. COHEN: «Une crise juridique dans le crédit-bail immobilier: la faculté de résiliation unilatérale du crédit-preneur et la nullité du contrat», GP, 1996, n.º 241-242, págs. 2-6.

La ilicitud de las condiciones de ejercicio de la facultad de resolución unilateral del arrendador. Los efectos de esta ilicitud. (ARANDA/SIERRA)

125. COLLART-DUTILLEUL/DERRUPÉ: «Loyers civils et commerciaux», RDI, 1995, n.º 3, págs. 598-610.

Notas a distintas sentencias francesas y a la legislación relativa al tema. (ARANDA/SIERRA)

126. CONSTANTINO, G.: «La realizzazione dei crediti assistiti da privilegio industriale», RTDPC, 1995, n.º 4, págs. 1313-1338.

Análisis de la especialidad y ejecución del crédito asistido por privilegio industrial. Específica referencia a su objeto, régimen jurídico y efectos para las partes y frente a terceros. La concurrencia con los créditos hipotecarios. (R.D.R.)

127. COSTANZO, P.: «Osservazioni sul principio in claris non fit interpretatio e sul criterio interpretativo del "comportamento complessivo" - nota a Cass. 18 aprile 1995 n.º 4333», GC, 1996, n.º 5, págs. 1452-1458. (R.D.R.).

128. DAGORNE-LABBÉ: «Incidence du caractère unilatéral ou synallagmatique sur la qualification d'une promesse de vente», SJ, 1996, n.º 25, págs. 269-270.

Nota a la sentencia de casación (3.ª civil) de 5 de julio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

129. DAGORNE-LABBÉ: «Réparation du préjudice: l'état végétatif d'une personne humaine n'exclut aucun chef d'indemnisation», SJ, 1996, n.º 4, págs. 42-44.

Nota a la sentencia de cas. (2.ª civ.) de 22 de febrero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

130. DAGORNE-LABBÉ: «Des obligation de l'affactureur á l'égard du débiteur cédé», RDS, 1996, n.º 24, págs. 339-340.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París de 17 de noviembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

131. DALBOSCO, M. C.: «La compensazione convenzionale», RDC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 177-225.

Revisión de la figura de la compensación convencional, con especial referencia a los requisitos de reciprocidad, liquidez, exigibilidad y homogeneidad, así como a los límites de la autonomía privada.

La compensación futura, legal, voluntaria y aspectos procesales de la compensación convencional. (R.D.R.)

132. DAMIEN: «Obligations de l'avocat. Art. 27 de la loi du 31 decembre 1971. Limites de garantie et franchise», GP, 1996, n.º 185-186, págs. 22-22.

Comentario a la sentencia de Pau de 29 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

133. DAMIEN: «Avocats», GP, 1996, n.º 185-186, págs. 26-27.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 3 de abril de 1996. (ARANDA/SIERRA)

134. DANJAUME: «La responsabilité du fait de l'information», SJ, 1996, n.º 1, págs. 5-12.

Las hipótesis de responsabilidad por hechos de la información. Su régimen jurídico. (ARANDA/SIERRA)

135. D'AQUINO, F.: «Responsabilità del promittente per mancata prestazione altrui nella promessa del fatto del terzo», FI, 1996, n.º 5, I, págs. 1733-1743.

Nota a Cass. 20-12-1995, n. 12973 sobre la responsabilidad en que incurre el promitente del hecho de un tercero a consecuencia de la falta de ejecución de la prestación prometida. (A.R.G.)

136. DE CRISTOFARO, G.: «Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana», RDC, 1996, n.º 3, parte prima, págs. 367-406.

Revisión de la evolución del «pactum de non petendo», desde sus orígenes romanos clásicos hasta los umbrales de las codificaciones modernas. Concreta referencia a su tratamiento en el BGB: naturaleza jurídica y efectos. (R.D.R.)

137. DE TILLA, M.: «Sulla durata del comodato -nota a Cass. 8 marzo 1995 n. 2719», GC, 1996, n.º 6, págs. 1774-1777. (R.D.R.).

138. DI GIOVANNI, F.: «Sulla risarcibilità “iure hereditario” del danno da uccisione (spunti per una riflessione sulle concezioni del “danno”)», RTDPC, 1995, n.º 1, págs. 75-109.

Tratamiento doctrinal y jurisprudencial del concepto de daño y la posibilidad de obtener, por *iure hereditario* o *iure proprio* del cónyuge, un resarcimiento por el perjuicio total a la salud, o daño biológico, derivado del hecho ilícito que provoca la muerte del cónyuge o causante. (R.D.R.)

139. DI SABATO, D.: «Contratti dei consumatori, contratti d’impresa», RTDPC, 1995, n.º 2, págs. 657-672.

Los contratos de consumidores y de empresa, tras la reciente directiva CEE n.º 13/93 sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Se analiza la posibilidad y validez del establecimiento o consideración como categoría de los contratos con consumidores, su régimen jurídico y efectos. (R.D.R.)

140. DIVIER: «Le mensonge en publicité, millesime 1996», GP, 1996, n.º 201-202, págs. 6-13.

El silencio es un mensaje. El consumidor en concreto y en abstracto. Publicidad y economía. (ARANDA/SIERRA)

141. DIVIER: «Suite de “Mensonge en publicité, millesime, 1996”», GP, 1996, n.º 201-202, pág. 14.

Nota a la sentencia de apelación de versalles (14.ª Ch.) de 10 de abril de 1996. (ARANDA/SIERRA)

142. DJIGO: «Transfert du bail au profit de la concubine occupante d’un logement HLM», SJ, 1996, n.º 10-11, pág. 117.

Nota a la sentencia de casación (3.ª civ.) de 4 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

143. DÖRING, F. M.: «Schutz des Vorbehaltskäufers durch Anwendung des § 936 auf den gutgläubigen Zwichenerwerb», NJW, 1996, págs. 1443-1447.

Protección del comprador de cosa con cláusula de reserva de propiedad a través de la aplicación del parágrafo 936 III BGB ante la venta de la cosa a tercero de buena fe. (M.P.G.R.)

144. DUNEAU: «Exercice illégal de la pharmacie: les acquis et les incertitudes», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 67-72.

Algunos principios firmes. Algunas incertidumbres persistentes. (ARANDA/SIERRA)

145. DUQUESNE: «Conditions d’indemnization du conducteur victime d’un accident occasionné par un remorquage», SJ, 1996, n.º 23, págs. 247-249.

Nota a la sentencia de casación civil, (Ch.2.ª), de 18 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

146. DUVERT: «Une association auant pour objet la lutte contre le racisme anti-chrétiens est recevable à agir en responsabilité contre une publication qui a porté atteinte aux sentiments religieux que partagent ses membres», SJ, 1996, n.º 10-11, págs. 118-121.

Nota a la sentencia de apelación de París, (1.ª ch.), de 3 de julio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

147. EBERL-BORGES, C.: «§ 830 BGB und die Gefährdungshaftung», ACP, 1996, págs. 491-556.

El § 830 BGB contempla la responsabilidad solidaria de los que concurren a la realización del hecho causante del daño. La norma dispone igual responsabilidad en los supuestos en que no pueda determinarse el daño causado por cada uno de los que intervinieron en el hecho ilícito. La autora destaca que el BGB parte del principio de responsabilidad por culpa, pero que son muchas las leyes especiales que establecen responsabilidad objetiva, y en las cuales no existe una norma análoga al párrafo 830. El problema que se plantea y que se analiza en este estudio es saber cuándo y con qué alcance debe aplicarse lo previsto en el párrafo 830 en caso de responsabilidad objetiva. (I.G.P.)

148. ERRIGO, C.: «Il contratto di bartering: disciplina giuridica e potenzialità applicative», GC, 1996, n.º 6, págs. 291-307.

Análisis del contrato de *bartering*, como nuevo tipo de contrato de publicidad y financiación en el sector televisivo: objeto, naturaleza jurídica, distinción de figuras afines como la permuta, etc. y el problema de la determinación del régimen jurídico aplicable. (R.D.R.)

149. FAVRE ROCHEX: «Les limites de l'assurance de responsabilité de l'entreprise», GP, 1996, n.º 166-167, págs. 23-24.

Los límites generales. El asegurador, el abuso de bienes sociales y la responsabilidad de los dirigentes. (ARANDA/SIERRA)

150. FABRE-MAGNAN: «Le mythe de l'obligation de donner», GP, 1996, n.º 1, págs. 85-107.

Las distinciones clásicas de las obligaciones. El imposible de la obligación de donar. El mecanismo de transmisión de la propiedad en los contratos. La inutilidad del recurso a la obligación de donar. El interés del análisis en términos de contrato traslativo de la propiedad en términos de obligación de donar. El ejemplo de promesa de venta. Proposiciones para nuevas clasificaciones. (ARANDA/SIERRA)

151. FERRARI, F.: «L'ambito di applicazione internazionale della convenzione di Ottawa sul "factoring" internazionale», RTDPC, 1996, n.º 1, págs. 195-218.

Observaciones en torno a la aplicabilidad directa o indirecta de la Convención de Ottawa sobre el *factoring* internacional, por la que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado ha tratado de dar una disciplina uniforme al contrato de *factoring*. Relación con el Derecho internacional privado y leyes aplicables al contrato de prestaciones de servicios y venta. (R.D.R.)

152. FINEL: «Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire», SJ, 1996, n.º 37, págs. 333-338.

Las proposiciones para sustituir la aplicación del art. 1129 del código civil. El porvenir del art. 1129 del C.c. en materia de contrato de préstamo. (ARANDA/SIERRA)

153. FORTIN: «Le secret professionnel de l'avocat et la recherche de la vérité», RDS, n.º 25, págs. 353-355.

Nota a la sentencia de apelación de la Corte de París de 17 de mayo de 1996. (ARANDA/SIERRA)

154. FOURGOUX: «Responsabilité de la puissance publique», GP, 1996, n.º 187-188, pág. 8.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación (Ch. com. fin. et econ.) de 21 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

155. FOURGOUX: «Circulaire. Responsabilité de l'État. Ministre de la Justice. Instruction donnée au Parquet de poursuivre pour infraction à la publicité des boissons alcoolisées», GP, 1996, n.º 187-188, pág. 8.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación comercial de 21 de febrero de 1995. Incompatibilidad de la reglamentación nacional con el derecho comunitario. (ARANDA/SIERRA)

156. FRANZONI, M.: «Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Italia», RTDPC, 1995, n.º 2, págs. 409-429.

Revisión de la teoría del negocio jurídico tras su actual debate y diferentes perspectivas en el Derecho italiano. El negocio jurídico y el acto no negocial. (R.D.R.)

157. FRINGS, M.: «Annahme des Erlaßangebotes durch Scheckeinlösung?», BB, 1996, págs. 809-812.

¿Aceptación de una oferta de condonación a través del cobro de un talón bancario? El artículo se ocupa de poner de manifiesto bajo qué condiciones al acreedor pierde su crédito a través de la aceptación de un cobro parcial de la deuda (normalmente a través de talón bancario) cuando ésta se acompaña de una propuesta de condonación por parte del deudor: envío de cheque y escrito anejo de propuesta de condonación. (M.P.G.R.)

158. FRÖMMING, J./PETERS B.: «Die Einwilligung im Medienrecht», NJW, 1996, págs. 958-962.

El consentimiento en la reglamentación de los medios de comunicación. El autor realiza un caustico ensayo sobre la relevancia jurídica del consentimiento en los casos de publicaciones o divulgación de aspectos relacionados con los derechos de la personalidad. (M.P.G.R.)

159. FUSCHS, A.: «Zur disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht», ACP, 1996, págs. 313-394.

El autor examina la naturaleza y la función de las facultades de revocación y de desistimiento que la ley concede. La finalidad del estudio es determinar, a la vista de los intereses que en cada caso se protegen a través de las mencionadas facultades, los presupuestos necesarios para que el titular de las mismas pueda válidamente excluir o

alterar la norma que le otorga este tipo de protección. En particular con referencia a tres supuestos: § 7 y siguientes de la VerbrKrG (Ley de crédito al consumo), y §§ 168.2 (revocación del poder) y 130 (revocación de la declaración de voluntad) BGB. (I.G.P.)

160. GABRIELLI, E.: «La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità», CI, 1995, n.º 3, págs. 921-959.

La resolución por onerosidad excesiva entre la disciplina general y la disciplina especial de los contratos. Ambito de aplicación del instituto. Resolución por onerosidad excesiva y contratos aleatorios. Fundamento del instituto. El tipo contractual como criterio de distribución del riesgo. La disciplina: prestación debida y diferida. Los remedios contra la alteración de la economía del contrato. (A.R.G.)

161. GANDOLFI, G.: «In tema di rapporto obbligatorio e di “inibitoria”», RDC, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 159-163.

Breve reflexión acerca de las relaciones obligatorias y la «*tutela inibitoria*» en el derecho sustantivo y procesal del Código y el Ordenamiento europeo. (R.D.R.)

162. GANDOLFI, G.: «Per la redazione di un “codice europeo dei contratti”», RTDPC, 1995, n.º 3, págs. 1073-1093.

Información acerca de las jornadas de trabajo celebradas en la Universidad de Pavia el 30-31 de diciembre de 1993, para la unificación y codificación del derecho europeo de obligaciones y contratos, con exposición de los elementos e interrogantes que fueron objeto de reflexión. (R.D.R.)

163. GARIDOU: «L'arbitrage commercial international en droit français.-L'ordre public international auquel est subordonnée la validité de cet arbitrage», RDS, 1996, n.º 29, págs. 414-416.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París de 15 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

164. GAUTIER: «Jurisprudence française: contrats spéciaux», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 412-419.

Comentarios a diversas sentencias de contratos de sociedad. (ARANDA/SIERRA)

165. GAUTIER: «Jurisprudence française: contrats spéciaux», RTDC, 1995, n.º 4, págs. 914-918.

Comentarios a diversas sentencias de contrato de compraventa. (ARANDA/SIERRA)

166. GAUTIER: «Jurisprudence française: contrats spéciaux», RTDC, 1996, n.º 1, págs. 190-198.

Comentarios a diversas sentencias de contratos de compraventa, depósito, contrato de trabajo y mandato. (ARANDA/SIERRA)

167. GHESTIN Y OTROS: «Chronique d'actualité: Droit des obligations», SJ, 1996, n.º 19, págs. 187-190.

Los principios generales del contrato. La formación del contrato. Los efectos del contrato. (ARANDA/SIERRA)

168. GIOVE, S.: «Durata minima e rinnovazione non automatica dei contratti di locazione relativi ad immobili destinati ad “attività particolari”», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 225-226.

Comentario a Cass. 19-12-1995, n.º 12947 sobre la normativa aplicable a los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos destinados a actividades recreativas, asistenciales, culturales o escolares, en cuanto a su duración. (A.R.G.)

169. GOMBAULT: «La responsabilité de échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 73-78.

La culpa. La determinación del perjuicio indemnizable y la fijación de su *quantum*. (ARANDA/SIERRA)

170. GRANDJEAN: «L'expérience d'un mediateur», GP, 1996, n.º 234-235, págs. 13-16.

Las facetas de una experiencia. Las lecciones de una experiencia. (ARANDA/SIERRA)

171. GRÉLIER-LENAIN: «L'enfant et la publicité», GP, 1996, n.º 147-151, págs. 3-6.

Sobre la utilización de los niños en publicidad y las reglas que lo regulan, tanto nacionales como internacionales. (ARANDA/SIERRA)

172. GRIGOLI, M.: «In tema di interpretazione della volontà negoziale nel contratto di costruzione di nave -nota a Cass. 7 febbraio 1996 n. 984», GC, 1996, n.º 6, págs. 1642-1643. (R.D.R.)

173. GROSLIÈRE/SAINT-ALARY-HOUIN: «Promotion immobilière», RDI, 1995, n.º 3, págs. 556-568.

Notas a distintas sentencias francesas y a la legislación relativa al tema. (ARANDA/SIERRA)

174. GUIGUE: «Qui est le véritable juge en matière de responsabilité médicale: l'expert ou juge?», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 31-33.

Reflexión sobre el importante papel del experto médico en las decisiones judiciales. (ARANDA/SIERRA)

175. HAIM: «Responsabilité de deux architectes engagée sur le fondement de la garantie décennale», SJ, 1996, n.º 23, págs. 251-255.

Nota a la sentencia de casación (1.ª Civil) de 3 y 30 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

176. HASSLER: «À propos de la responsabilité des hôteliers pour les vols subis par leurs clients: clause limitative de responsabilité et obligation de surveillance», SJ, 1996, n.º 30-35, págs. 325-327.

Comentario a las sentencias de la Corte de Apelación de París (Sala 25B) de 5 de enero de 1996 y la de casación (1.ª Civil) de 5 de abril de 1996. (ARANDA/SIERRA)

177. HEUGAS-DARRASPEN/SCHAUFELBERGER: «Financement-Crédit immobilier», RDI, 1995, n.º 3, págs. 574-580.

Notas a distintas sentencias francesas y a la legislación relativa al tema. (ARANDA/SIERRA)

178. HILF, M./PASCHÉ, E.: «Das Bosmann- Urteil des EuGH», NJW, 1996, págs. 1169-1176.

La Sentencia Bosmann del TJCE.

Se analizan los aspectos dogmáticos de la célebre decisión Bosmann, haciendo hincapié en su verdadero alcance tanto temporal como material, así como en las implicaciones colaterales que puede aparejar en relación con temas conexos (v.gr., posible discriminación en los supuestos de circulación meramente «interna» de jugadores de fútbol). Asimismo, se pone de relieve la implicación de la sentencia para las cuestiones (no tocadas por ella) relativas a libre competencia, del mismo modo que se incide en otras posibles calificaciones de los jugadores de fútbol, distinta de la de «trabajador» (por cuenta ajena). (M.P.G.R.)

179. IRIART: «Les conséquences de la prise en compte d'un paiement échelonné sans intérêts ni indexation pour l'évaluation de la lesion dans la vente d'un immeuble», RDS, 1996, n.º 26, págs. 362-367.

Nota a la sentencia de casación (3.º Civil) de 4 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

180. IZZO, N.: «Il risarcimento del maggior danno per il ritardo della consegna: quantificazione e limite temporale della valutazione legale tipica prevista per la durata della sospensione legale dell'esecuzione nelle locazioni abitative -nota a Cass. 10 febbraio 1996 n. 1032, 6 giugno 1995 n. 6359, 5 giugno 1995 n. 6291, 27 maggio 1995 n. 5927, 3 aprile 1995 n. 3913», GC, 1996, n.º 6, págs. 1629-1635. (R.D.R.)

181. JACQUIN: «Dans quelles conditions les travaux d'amélioration permettent-ils le déplaçements?», GP, 1996, n.º 152-153, págs. 16-21.

La noción de trabajo de mejora. La fecha de inicio de los trabajos. Aplicación combinada de los arts. 23-1 y 23-3 del decreto. (ARANDA/SIERRA)

182. J.B: «Coxopathie», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 87-96.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París (1.ºCh.B) de 6 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

183. J.B: «Hopitaux», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 97-82.

Nota a la sentencia del Consejo de Estado (sec cont., 8.º y 9.º sous-sec. réunies) de 1 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

184. JARROSSON: «Médiation et conciliation: définition et statut juridique», GP, 1996, n.º 234-235, págs. 3-5.

Noción de mediación. Funcionamiento de la mediación. (ARANDA/SIERRA)

185. JÉGOUZO Y OTROS: «Environnement», RDI, 1995, n.º 3, págs. 527-533.

Notas a distintas sentencias francesas y a la legislación relativa al tema. (ARANDA/SIERRA)

186. JÉOL/GHESTIN: «Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix: l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix et l'abus dans la fixation du prix ne donne lieu qu'à résiliation ou indemnisation», SJ, 1996, n.º 2, págs. 21-34.

Nota a la sentencia de la Asamblea Plenaria de 1 de diciembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

187. J-G M.: «Assurances terrestres», GP, 1996, n.º 194-195, págs. 28-29.

Nota a la sentencia de apelación de Riom (1.ª civ. sec. 1) de 14 de diciembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

188. JOEL/VINEY: «Définition de la faute inexcusable: l'Assemblée plénière de la Court de cassation maintient sa jurisprudence rigoureuse», SJ, 1996, n.º 1, págs. 13-20.

A propósito de la sentencia de la Asamblea Plenaria de 10 de noviembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

189. JOURDAIN: «Jurisprudence française: Responsabilité civile», RTDC, 1995, n.º 4, págs. 890-913.

Comentarios a diversas sentencias en materia de: demandas, accidentes de circulación. Responsabilidad delictual y responsabilidad contractual. Condiciones de la responsabilidad. (ARANDA/SIERRA)

190. JOURDAIN: «Jurisprudence française: Responsabilité civile», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 402-412.

Comentarios a diversas sentencias en materia de: demandas, accidentes de circulación. (ARANDA/SIERRA)

191. JOURDAIN: «Jurisprudence française: Responsabilité civile», RTDC, 1996, n.º 1, págs. 175-189.

Comentarios a diversas sentencias en materia de: condiciones de la responsabilidad, demandas, accidentes de circulación. (ARANDA/SIERRA)

192. JUBAULT: «Droit de rétention et gage de véhicule automobile», SJ, 1996, n.º 15, págs. 167-168.

Nota a la sentencia de casación comercial de 31 de mayo de 1994. (ARANDA/SIERRA)

193. KARIMI: «L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n.º 95-96 du 1 février 1995», SJ, 1996, n.º 13. (ARANDA/SIERRA)

194. KERN, B. R.: «Haftungsrechtliche Fragen und Probleme des ambulanten Operierens», NJW, págs. 1561-1564.

Cuestiones relativas a la responsabilidad derivada de las operaciones quirúrgicas ambulantes.

El artículo trata de dar respuestas a los problemas jurídicos planteados, aún no de forma masiva ante los Tribunales, por las operaciones quirúrgicas que se realizan fuera de los establecimientos sanitarios ordinarios; sobre todo en lo que afecta a la eventual responsabilidad. (M.P.G.R.)

195. KORT, M.: «Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht», JZ, 1996, págs. 132-140.

El autor analiza las consecuencias de la STJCE de 10 de mayo de 1995 (As. C-384/93, Alpine Investments BV contra Minister van Financiën) sobre la conformidad con el art. 59 del Tratado de una normativa nacional de prohibición de la práctica consistente en la venta a domicilio por teléfono de servicios financieros, considerada por el TJCE como restricción admisible a la libre prestación de servicios, con la finalidad de protección de la confianza de los inversores en los mercados financieros nacionales. (M.P.G.R.)

196. KOZIOL, H.: «Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht», ACP, 1996, págs. 593-618.

El autor expone la distinta manera que se tiene en Alemania, de un lado, y en Austria, de otro, de considerar el patrón de diligencia exigible. La doctrina alemana considera que en el campo de la indemnización de daños y perjuicios, el punto de referencia es objetivo, lo que cuenta es la diligencia del hombre medio; mientras que entre los autores austríacos el punto de partida es subjetivo y lo que en principio importa son las circunstancias del autor del daño. El autor considera que ambas posturas extremas son desacertadas y señala el camino intermedio distinguiendo según el tipo de relación del que derive deber de indemnizar (I.G.P.)

197. KREBS, P.: «Sittenwidrigkeit beim Finanzierungsleasing von Mobilien wegen Wucherähnlichkeit», NJW, 1996, págs. 1177-1180.

Contrariedad con el orden público y buenas costumbres de la financiación de bienes muebles a través de *leasing*, a causa de su proximidad con la usura.

Estudio jurisprudencial de la eventual aplicación al contrato de *leasing* de las normas sobre orden público y buenas costumbres extraídas de otras figuras, como el préstamo. (M.P.G.R.)

198. KULLMANN: «Contracts d'assurance sur la vie la chance de gain ou de perte», RDS, 1996, n.º 24, págs. ch. 205-210.

Calificación por ganancias o pérdidas. Incidencia de la facultad de rescatar sobre la calificación. (ARANDA/SIERRA)

199. LACHAUD: «La liasson entre paiement du fermage et obligation du bailleur aux réparation», GP, 1996, n.º 199-200, págs. 5-6.

Nota a la sentencia de casación 3.ª civ. de 11 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

200. LACHAUD: «Baux ruraux», GP, 1996, n.º 199-200, págs. 7-8.

Nota a la sentencia de apelación de Besançon de 19 de diciembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

201. LAUDE: «Le malade qui refuse l'un traitement mis sur le marché se prive, ce faisant, du bénéfice du programme d'essai soumis contractuellement à des conditions strictes d'accès», SJ, 1996, n.º 14, págs. 157-160.

Nota a la sentencia TGI de París 1.ª ch. de 4 de octubre de 1995 sobre la naturaleza jurídica de un protocolo de investigación. (ARANDA/SIERRA)

202. LENOCI, V.: «Diritto a nascere sani e responsabilità del medico per l'attività di assistenza al parto», FI, 1996, n.º 7-8, I, págs. 2494-2501.

Nota a Cass. 5-12-1995 n. 12505. Resolución que afronta la responsabilidad civil de los sanitarios y de los entes de los cuales dependen por los daños causados a un menor recién nacido a consecuencia de culpa grave en la actividad de asistencia al parto. (A.R.G.)

203. LEROUX-LEPAGE: «À propos de la responsabilité pour risques», GP, 1996, n.º 196-198, págs. 60-61.

Dos sentencias que parecen aplicar una responsabilidad por riesgo limitado en la actuación médica: la del Consejo de Estado de 9 de abril de 1994 y la de la corte adm. de apl. de Lyon de 21 de diciembre de 1990. (ARANDA/SIERRA)

204. LESAGE: «Assurance construction. Les frontières de l'assurance obligatoire: les magistrats sous-traitent aux experts», GP, 1996, n.º 229-233, págs. 2-5.

Una jurisprudencia imperfecta: fronteras de la obligación de asegurar. Los efectos indeseables: riesgo de «desmoralización» de la profesión, peligro para las víctimas. (ARANDA/SIERRA)

205. LEVENEUR: «Cession d'une obligation de garantie des vices cachés», SJ, 1996, n.º 15, págs. 173-174.

Nota a la sentencia de casación, (1.ª civ.), de 4 de julio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

206. LEVENEUR: «Effet de la résiliation unilatérale de l'engagement d'une caution solidaire», SJ, 1996, n.º 8, págs. 100-101.

Nota a la sentencia de casación (1.ª civ.) de 13 de junio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

207. LIET-VEAUX: «Notion de local professionnel au sens de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation», SJ, 1996, n.º 20, págs. 221-212.

Nota a la sentencia de casación (3.ª civ.) de 20 de diciembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

208. LITTBARSKI, S.: «Zum Stand der Internationalen Produkthaftung», JZ, 1996, págs. 231-238.

A la luz de dos recientes tratados (S. Wech, Die Produkthaftung im internationalen Rechtsvergleich. Eine Rechtsvergleichende Untersuchung ihrer Strukturen in

den Ländern Deutschland, England, Frankreich und den Vereinigten Staaten von Amerika, Tubinga, 1994, y S. Hill-Arning/W. C. Hoffman, Produkthaftung in Europa. EG Produkthaftungsrichtlinie, nationale Produkthaftungsrechte, weitergeltes Deliktsrecht, Verfahrensrecht und Kosten, Heidelberg, 1995), el autor ofrece una panorámica de diez años de desarrollo de la Directiva de 1985. (M.P.G.R.)

209. LOISEAU: «La connexité dans la compensation: notion et effets en présence de dettes nées, entre plusieurs parties, d'une pluralité de conventions», RDS, 1996, n.º 23, págs. 322-325.

Nota a la sentencia de casación comercial de 9 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

210. LORENZ, St.: «Gescheiterte Vertragsbeziehungen zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht: späte Einsicht des BGH?», NJW, 1996, págs. 883-887.

Ruptura de relaciones contractuales entre gestión de negocios ajenos sin mandato y enriquecimiento sin causa: ¿tardía comprensión del BGH?

El autor critica la ambivalencia de la utilización de los institutos de la gestión de negocios ajenos y el enriquecimiento sin causa para la regulación de las consecuencias de la nulidad radical de los contratos. La más reciente jurisprudencia del BGH es considerada por el autor no como el principio de una modificación o rectificación, sino, más bien, como un atisbo de esperanza para la futura reconsideración del problema. (M.P.G.R.)

211. MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», RDI, 1995, n.º 3, págs. 547-556.

Notas a distintas sentencias francesas y a la legislación relativa al tema. (ARANDA/SIERRA)

212. MANCALEONI, A. M.: «Contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed efficacia delle direttive comunitarie nell'ordinamento interno», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 155-163.

Comentario a Trib. Roma, ord. 17-12-1994 y a Cass. 15-5-1995 n. 5289 sobre tutela de los consumidores y conclusión de los contratos a distancia. Aplicación de la directiva n. 85/577/CEE en el ordenamiento jurídico italiano. (A.R.G.)

213. MANDEL: «L'indemnisation du préjudice en cas de contrefaçon de marque ou de modèle», GP, 1996, n.º 164-165, págs. 18-20.

Los elementos del perjuicio: perjuicio comercial; atinente al valor atractivo de la marca o el modelo. Modalidades de la reparación. Elementos a comunicar a la jurisdicción. (ARANDA/SIERRA)

214. MARES, L.: «L'offerta di riduzione ad equità nel contratto eccessivamente oneroso», NGCC, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 53-68.

Sobre la oferta de modificación de las condiciones del contrato hecha por el demandado en un juicio sobre resolución contractual debido a la excesiva onerosidad del mismo (artículo 1467.3.º del código civil italiano). (A.R.G.)

215. MARTIN: «Le trace du “périmètre du droit”: l’expert-comptable et l’avocat fiscaliste», SJ, 1996, n.º 30-35, págs. 329-331.

Nota a la sentencia de casación criminal de 13 de diciembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

216. MARTIN: «De la nature de la relation entre l’exportateur et le prêteur dans le crédit acheteur», RDS, 1996, n.º 27, págs. 381-382.

Nota a la sentencia de casación comercial de 13 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

217. MARTINY, D.: «Pflichtenorientierter Drittschutz beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte - eingrenzung uferloser Haftung», JZ, 1996, págs. 19-25.

Los efectos de los contratos frente a terceros y los deberes de protección de ellos dimanantes son analizados y sistematizados en diversos grupos de casos. (M.P.G.R.)

218. MAZEAUD: «La clause limitative de garantie stipulée dans le contrat conclu entre le fabricant et l’entrepreneur est-elle opposable au maître de l’ouvrage?», RDS, 1996, n.º 28, págs. 395-399.

Nota a la sentencia de casación (1.ª Civil) de 7 de junio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

219. MAZZARINI, L.: «Questioni in tema di applicazione dell’art. 17 della Convenzione di Bruxelles -nota a Cass., sez. un., 9 giugno 1995 n. 6499», GC, 1996, n.º 7-8, págs. 2070-2076. (R.D.R.)

220. MEDER, S.: «Rechtsfragen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Entwicklung», JuS, págs. 89-96.

Cuestiones jurídicas de los pagos no realizados en dinero efectivo, con especial consideración de la impronta comunitaria.

A pesar de que aún el noventa por ciento de los pagos se efectúan en efectivo, la participación global de tales sumas en relación con los realizados mediante otros medios es pequeña y tiende a disminuir. El artículo analiza cómo se reparte el riesgo que conlleva la utilización de los nuevos medios de pago entre las entidades de crédito y los clientes. (M.P.G.R.)

221. MESTRE: «Jurisprudence française: Obligations en général», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 383-401.

Comentarios a diversas sentencias en materia de: fuentes de las obligaciones, ejecución de contrato, el acto jurídico unilateral, modalidades de obligaciones, garantías y modos de ejecución de las obligaciones. (ARANDA/SIERRA)

222. MESTRE: «Jurisprudence française: Obligations en général», RTDC, 1996, n.º 1, págs. 143-174.

Comentarios a diversas sentencias en materia de: fuentes de las obligaciones, cuasicontratos, teoría general de las obligaciones, Clases de obligaciones, garantías y causas particulares de extinción, prueba de las obligaciones. (ARANDA/SIERRA)

223. MESTRE: «Jurisprudence française: Obligations en général», RTDC, 1995, n.º 4, págs. 878-889.

Comentarios a diversas sentencias en materia de: fuentes de las obligaciones, el acto jurídico unilateral, garantías y modos de ejecución de las obligaciones. (ARANDA/SIERRA)

224. MEVOUNGOU: «Le préjudice causé par un ouvrage immobilier: réparation en nature ou par équivalent?», RTDC, 1995, n.º 4, págs. 733-781.

Naturaleza de los daños y de la acción de reparación. Reparación necesariamente «in natura». Reparación del perjuicio y modos de reparación. (ARANDA/SIERRA)

225. MICHALSKI, L./RÖMERMANN, V.: «Verkauf einer Anwaltskanzlei», NJW, 1996, págs. 1305-1310.

El trabajo versa sobre el análisis de una decisión del Tribunal Supremo alemán en torno a los aspectos jurídicos de la venta de un despacho de abogados y las implicaciones que para operaciones futuras puede conllevar. (M.P.G.R.)

226. MISSAQUI: «La validité des clauses des aménageant la garantie des vices cachés dans la vente internationale de marchandises», SJ, 1996, n.º 17-18, págs. 176-178.

El reconocimiento por la Convención de Viena de la validez de las cláusulas limitativas de la garantía de vicios ocultos en el tiempo. El espíritu y el contenido de la Convención. (ARANDA/SIERRA)

227. MISSE: «Publicité commerciale», GP, 1996, n.º 213-214, pág. 27.

Nota a la sentencia de casación criminal de 30 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

228. MONTICELLI, S.: «Rescissione per lesione e transazione», CI, 1995, n.º 3, págs. 960-975.

Contrato sujeto a rescisión por lesión y transacción. La tesis de la inadmisión de la transacción. La oferta de «reductio ad aequitatem» del contrato rescindible como propuesta de transacción. Posición y análisis del problema relativo a la entidad de la oferta y a la tutela del contrayente lesionado. (A.R.G.)

229. MOULY: «La loi du 5 juillet 1985 est applicable en cas d'incendie d'un véhicule terrestre à moteur en stationnement», SJ, 1996, n.º 24, págs. 261-265.

Nota a la sentencia de casación (2.ª Civil) de 22 de noviembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

230. NOTARGIACOMO, A.: «Sulla sospensione della prescrizione per doloso occultamento del debito da parte del debitore -nota a Cass. 13 dicembre 1995 n. 12754», GC, 1996, n.º 7-8, págs. 2038-2040. (R.D.R.)

231. OLIVIER: «La radiation par une Chambre de la Cour de cassation d'un expert inscrit sur la liste nationale», GP, 1996, n.º 194-195, págs. 23-30.

Nota a la sentencia de casación civil de 10 de abril de 1996. (ARANDA/SIERRA)

232. OLIVIER/BARBRY: «Des réseaux aux autoroutes de l'information: Révolution technique? Révolution juridique? De l'utilisation des réseaux», SJ, 1996, n.º 17-18, págs. 171-175.

La utilización de las redes. El régimen de acceso. El encuadre jurídico de la fiabilidad de las redes. (ARANDA/SIERRA)

233. OURLIAC: «Condition d'expérience professionnelle à la reprise: application rigoureuse de la loi», SJ, 1996, n.º 5, págs. 57-58.

Nota a la sentencia de cas. (3.º civ.) de 19 de julio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

234. PAISANT: «La clause du contrat d'enseignement prévoyant que le droit d'inscription réste intégralement dû à l'établissement quels que soient les motifs de rupture par l'élève est-elle une clause pénale?», SJ, 1996, n.º 6, págs. 69-70.

Nota a la sentencia de casación (1.º civ.) de 10 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

235. PAISANT: «Le renforcement de l'obligation de sécurité des exploitants de télésièges», SJ, 1996, n.º 15, págs. 167-168.

Nota a la sentencia de casación, (1.º civ.) de 4 de julio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

236. PALLASCH, U.: «Gefahrübergang und Leistungsort beim Versendungskauf», BB, 1996, págs. 1121-1126.

Trasmisión del riesgo y lugar de la prestación en la compraventa con envío de la cosa vendida. (M.P.G.R.)

237. PEISSE: «Architectes», GP, 1996, n.º 136-137, págs. 16-17.

Comentarios a varias sentencias del tema. (ARANDA/SIERRA)

238. PEISSE: «Construction et urbanisme», GP, 1996, n.º 136-137, págs. 18-19.

Notas a varias sentencias. (ARANDA/SIERRA)

239. PELLEGRINI, L.: «Soggetto passivo della prelazione urbana e autore della denuntiatio», RDC, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 181-204.

Comentario sobre la determinación del sujeto pasivo en los derechos de adquisición preferente de inmuebles urbanos, y del sujeto legitimado para efectuar la «denuntiatio». (R.D.R.)

240. PENVEN-BRABANDER: «Contrat-type, préavis», GP, 1996, n.º 147-151, págs. 18-19.

Notas a varias sentencias. (ARANDA/SIERRA)

241. PERDRIAU: «À propos du trouble manifestement illicite», GP, 1996, n.º 195-195, pág. 31.

Nota a la sentencia de casación plenaria de 28 de junio de 1996. (ARANDA/SIERRA)

242. PERSICO, M.: «La clausola penale», NGCC, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 69-91.

La cláusula penal por incumplimiento y por el simple retraso. Naturaleza y objeto. Eventual encuadramiento entre las cláusulas vejatorias. Función. (A.R.G.)

243. PESCI, G.: «Tipicità e interpretazione nella locazione, tra codice e leggi speciali», CI, 1995, n.º 3, págs. 1023-1039.

Jurisprudencia sobre la extensión de la ley n. 359 de 1992 a los arrendamientos que tienen por objeto inmuebles urbanos de uso distinto al de la vivienda. Crítica a los argumentos que abogan por la extensión. Motivaciones que sostienen la tesis restrictiva. (A.R.G.)

244. PETERS, F.: «Die Stornierung von Verträgen», JZ, 1996, págs. 73-78.

El autor analiza las posibilidades que se abren a aquel de los contratantes que, sin mediar una causa suficiente de resolución del contrato, ha perdido el interés en el cumplimiento del mismo. Frente a la idea de *pacta sunt servanda* el autor defiende la posibilidad de un apartamiento unilateral del contrato en los términos analógicos a los que el § 649 BGB, ofrece para el contrato de obra. (M.P.G.R.)

245. PÉTTI/PICO: «Peut-on être condamné à exécuter un contrat nul?, SJ, 1996, n.º 16, págs. 179-181.

Nota a la sentencia de casación social de 7 de noviembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

246. PIÈDELIAVRE: «Cautionnement», GP, 1996, n.º 210-212, págs. 13-14.

Nota a la sentencia de casación (1.ª civ.) de 13 de junio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

247. PIÈDELIEVRE: «Les difficultés pratiques de la preuve du contrat de prêt», SJ, 1996, n.º 20, págs. 212-213.

Nota a la sentencia de casación (1.ª civ.) de 23 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

248. PISAPIA, V.: «Il divieto di azioni esecutive e cautelari sulle somme dovute dall'assicuratore nell'assicurazione sulla vita», GC, 1996, n.º 7-8, págs. 355-360.

Observaciones acerca de la prohibición, establecida por el art. 1923 C.c., de embargar o ejecutar la suma debida como indemnización por seguro de vida. Su carácter no pignoraticio y la relación con la cesión de créditos. La aplicabilidad a los casos de quiebra. (R.D.R.)

249. PLOUVIN: «La responsabilité de l'hôpital public pour fait du matériel médical», GP, 1996, n.º 194-195, págs. 17-22.

Estudio de la legislación aplicable. (ARANDA/SIERRA)

250. POLI: «Évaluation du droit à indemnisation du propriétaire d'un tableau ayant successivement fait l'objet d'une interdiction à l'exportation et d'un classement d'office», SJ, 1996, n.º 28, págs. 303-305

Nota a la sentencia de casación (1.ª Civil) de 20 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

251. PROBST, M.: «Rückabwicklung und Rechtskenntnis -Zur Interpretation des § 819. Abs. 1 BGB», ACP, 1996, págs. 225-255.

El § 819.1 BGB establece la responsabilidad del *accipiens* de mala fe en caso de cobro de lo indebido. El autor expone con detalle la interpretación que el precepto ha recibido en la jurisprudencia y en la doctrina mayoritaria, que excluyen la consecuencia prevista en la norma en caso de meras dudas o posibilidad de conocer del que aceptó indebidamente el pago. El autor propone una nueva interpretación del precepto que permita incluir también estos supuestos, si bien en función del caso concreto. (I.G.P.)

252. PUIGELIER: «Influence de l'irrecevabilité d'un pourvoi principal sur la recevabilité d'un pourvoi incident», SJ, 1996, n.º 21, págs. 226-227.

Nota a la sentencia de casación (2.ª civ.) de 1 de marzo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

253. PUTMAN: «Cantonement des effets d'un avis à tiers détenteur aux créances de loyers échus antérieurement au jugement d'ouverture», SJ, 1996, n.º 5, págs. 65-66.

Nota a la sentencia de cas. com. de 24 de octubre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

254. QUENAUDON: «Responsabilité civile», GP, 1996, n.º 227-228, págs. 3-5.

Nota a la sentencia de la Corte de Casación (1.ª Civil) de 23 de febrero de 1994. Contrato de estacionamiento: inundación. (ARANDA/SIERRA)

255. RAFFI: «La nature de la responsabilité décennale», GP, 1996, n.º 229-233, págs. 6-8.

La existencia de una referencia subjetiva en la responsabilidad decenal. La cuestión del carácter subjetivo de la responsabilidad decenal. (ARANDA/SIERRA)

256. ROUSSEL: «Construction et urbanisme. Contrats de construction. Maisons individuelles. Garantie d'ivraison à prix convenu. Étendue», GP, 1996, n.º 136-137, págs. 9-11.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación (3.ª civ.) de 4 de octubre de 1995. La independencia de la garantía. El pago anticipado. (ARANDA/SIERRA)

257. RUEL: «Indemnisation des victimes d'un accident de la circulation survenu à l'étranger: la loi du 5 juillet 1985 n'est pas applicable», SJ, 1996, n.º 7, págs. 81-84.

Nota a la sentencia de casación, (2.ª civ.) de 2 de noviembre de 1994 y de casación (2.ª civ.) de 11 de enero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

258. RUSQUEC: «Absence d'engagement de l'hôtelier à assurer la sécurité du véhicule», GP, 1996, n.º 192-193, págs. 22-22.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación (1.ª civ.) de 2 de abril de 1996. (ARANDA/SIERRA)

259. RUSQUEC: «Nullité de la vente pour dol et droit à être indemnisé pour les dépenses faite pour l'amélioration du fonds», SJ, 1996, n.º 25, págs. 276-277.

Nota a la sentencia de casación comercial de 7 de marzo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

260. SANTAMARIA, L.: «Società e simulazione, società e comunione di godimento», RTDPC, 1995, n.º 1, págs. 205-245.

Análisis del supuesto de simulación de sociedad: el problema de su reconocimiento y la eficacia de su actuación. (R.D.R.)

261. SARGOS: «Le collaborateur du service public de la Justice peut, même en absence de faute, demander réparation de son préjudice anormal, spécial, et d'une certaine gravité», SJ, 1996, n.º 12.

Nota a la sentencia de casación (1.ª civ.) de 30 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

262. SARGOS: «L'appréciation de la portée d'une fausse déclaration intentionnelle doit se faire par rapport à chaque risque en litige, indépendamment des circonstances du sinistre», SJ, 1996, n.º 7, págs. 77-78.

Nota a la sentencia de casación (1.ª civ.) de 3 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

263. SCHERMAIER, M J.: «Die Umgehung des Vorkaufsrechts durch "kaufähnliche Verträge"», ACP, 1996, págs. 256-275.

En doctrina y jurisprudencia se considera que el derecho de adquisición preferente de origen negocial acordado para el caso de venta puede ejercitarse igualmente en caso de negocios cuya finalidad sea similar desde un punto de vista objetivo. El autor critica esta opinión, que sólo estima aplicable en caso de negocio fraudulento y subraya la necesidad de tener en cuenta, en el caso concreto, el elemento subjetivo, frente a una interpretación extensiva del término compraventa. (I.G.P.)

264. SCHERMI, A.: «Leasing finanziario, lease back e patto commissorio - nota a Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805», GC, 1996, n.º 6, págs. 1744-1749. (R.D.R.)

265. SCHMID, R.: «Rechte des Reisenden bei Wechsel der Fluggesellschaft und des Luftfahrzeugs», NJW, págs. 1636-1644.

Derechos del viajero ante los cambios en la compañía aérea y en el avión.

Con motivo del accidente que el 7 de febrero de 1996 tuvo lugar en la República Dominicana, con el trágico balance de 189 víctimas (de las que 165 eran turistas alemanes), el autor analiza los eventuales derechos del viajero cuando averigua momentos antes del viaje que lo va a realizar con una compañía o con un aparato poco seguros, distintos de los que en principio estaban previstos en las condiciones del viaje combinado. (M.P.G.R.)

266. STAGNO D'ALCONTRES, M.: «Ancora in tema di esecuzione specifica ex art. 2932 C.c. di un preliminare di vendita di cosa parzialmente altrui: i limiti nei più recenti orientamenti della Suprema Corte - nota a Cass. 1 marzo 1995 n. 2319», GC, 1996, n.º 5, págs. 1459-1467. (R.D.R.)

267. STÉPHANE: «Contrats et obligation», GP, 1996, n.º 210-212, págs. 14-16.

Nota a la sentencia de apelación de París (3.ªCh.), de 15 de septiembre de 1995. Interpretación, recalificación, garantía autónoma. (ARANDA/SIERRA)

268. STOPPA, A.: «La responsabilità del prestatore di servizi in base ad una recente proposta di direttiva comunitaria», RTDPC, 1995, n.º 2, págs. 641-655.

Análisis de la responsabilidad por prestaciones de servicios, a propósito de un reciente proyecto de directiva comunitaria, que muestra un conjunto de acciones comunitarias de tutela del consumidor y adopta el principio de inversión de la carga de la prueba de culpa del sujeto que presta los servicios.

Se revisa la noción de servicio, la naturaleza jurídica y criterios de imputación de la responsabilidad, la valoración de la culpa y la carga de la prueba. (R.D.R.)

269. TALON: «Responsabilité des banques à l'occasion de fautes diverses», GP, 1996, n.º 210-212, págs. 16-18.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Limoges (1.ªCh.) de 4 de marzo de 1996. (ARANDA/SIERRA)

270. TAUPITZ, J.: «Kreditkartenmißbrauch: Thesen zur zulässigen Verteilung des Haftungsrisikos in AGB», NJW, 1996, págs. 217-224.

Utilización fraudulenta de tarjetas de crédito: Tesis sobre la admisibilidad del reparto del riesgo a través de condiciones generales del contrato. (M.P.G.R.)

271. TEMPEL, O.: «Informationspflichten bei Pauschalreisen. Eine Bestandsaufnahme: Arten, Rechtsnatur, Sanktionen -unter Einbeziehung der Reisebüros», NJW, págs. 1625-1636.

Deberes de información en los viajes combinados. Una panorámica del estado actual de las formas, naturaleza jurídica y sanciones. (M.P.G.R.)

272. THAMM, M.: «Umformulierung von Haftungsbegrenzungen in AGB wegen beweislasterändernder Klauseln», BB, 1996, págs. 653-654.

Reformulación de limitaciones de responsabilidad en condiciones generales de la contratación a través de cláusulas que invierten la carga de la prueba. (M.P.G.R.)

273. TONNER, K./BRIESKE, C.: «Verbraucherschutz durch gesetzliche Kennzeichnungserfordernisse», BB, 1996, págs. 913-920.

El marco general de la política de transparencia informática como medida óptima de protección al consumidor, el artículo se ocupa preferentemente de los aspectos relacionados con los deberes de información y con las exigencias de marcado, etiquetado, advertencias, etc., preguntándose si no existirá un cierto Derecho general de información/advertencia/etiquetado. (M.P.G.R.)

274. TRAMONTANO, R.: «La natura giuridica della vendita forzata», RTDPC, 1995, n.º 3, págs. 1129-1143.

Comentario a la Sentencia Cass. 21 julio 1992 n. 8803, in Corr. trib. 1992, en relación a la naturaleza jurídica de la venta o ejecución forzosa. (R.D.R.)

275. TULLIO, A.: «Interesse all'atto del notaio rogante: nullità e inconvertibilità dell'atto così; rogato -nota a App. Ancona 27 novembre 1995», GC, 1996, n.º 7-8, págs. 2096-2103. (R.D.R.)

276. VALCAVI, G.: «Sul risarcimento del danno per equivalente come obbligazione pecuniaria in mora», RDC, 1996, n.º 3, parte seconda, págs. 417-423.

Comentario a las sentencias sobre responsabilidad civil, pronunciadas en el ámbito civil y laboral, que resuelven cuestiones temporales de estimación del daño: el momento de la estimación como elemento importante para determinar la cuantía indemnizatoria. (R.D.R.)

277. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1996, n.º 1, págs. 2-7.

Notas a distintas sentencias sobre transmisión de arrendamiento entre concubinos homosexuales; solidaridad mantenida durante el arrendamiento. (ARANDA/SIERRA)

278. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1996, n.º 1, págs. 14-17.

Notas a distintas sentencias del tema. (ARANDA/SIERRA)

279. VINEY: «Responsabilité civile», SJ, 1996, n.º 26, págs. 264-270.

Las limitaciones de la responsabilidad previstas en los textos legales o reglamentarios y la asimilación de la culpa grave al dolo. La responsabilidad contractual por hechos de las cosas: un porvenir incierto. La responsabilidad por hecho ajeno. Los accidentes de circulación. (ARANDA/SIERRA)

280. VINEY: «Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français», SJ, 1996, n.º 3, págs. 39-47.

Las empresas y la responsabilidad civil derivada del desarrollo. La incidencia real sobre las empresas por la asunción de esta responsabilidad. (ARANDA/SIERRA)

281. VV.AA.: «Chronique d'actualité: Droit des obligations», SJ, 1996, n.º 37, págs. 338-342.

Introducción al derecho de contratos. Los efectos del contrato. Las obligaciones. (ARANDA/SIERRA)

282. VV.AA.: «Chronique d'actualité: Droit des obligations», SJ, 1996, n.º 10-11, págs. 123-126.

La formación del contrato. Los efectos el contrato. La obligación. (ARANDA/SIERRA)

283. WEBER: «Éffects de la connaissance des vices de la chose par le vendeur», GP, 1996, n.º 241-242, págs. 15-16.

Nota a la sentencia de la Corte de Casación (3.º Civil) de 20 de diciembre de 1995, sobre resolución de un contrato de compra-venta por conocimiento de los vicios por parte del vendedor. (ARANDA/SIERRA)

284. WEBER/AUQUE: «Bail à usage mixte professionnel et d'habitation: le locataire qui n'occupe les lieux qu'à titre professionnel ne peut bénéficier des dispositions de la loi du 22 juin 1982», SJ, 1996, n.º 13.

Nota a la sentencia de la asamblea plenaria de 2 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

285. WILMOWSKY, P.von: «EG-Freiheiten und Vertragsrecht», JZ, 1996, págs. 590-596.

El autor realiza un análisis de la influencia que las libertades comunitarias pueden ejercer, y de hecho ejercen, sobre la economía del Derecho civil clásico en lo que a los aspectos relacionados con la libertad contractual concierne. (M.P.G.R.)

286. WILMOWSKY, P.v.: «Insolvenz und Umwelthaftung. Die Verantwortlichkeit für Altlasten im Verhältnis zu den anderen Pflichten des Schuldners», ZHR, 160, 1996, págs. 593-625.

La responsabilidad por daños medioambientales, en particular por contaminación industrial se estudia por el autor en relación con un problema particular: la insolvencia del deudor y el cumplimiento de las obligaciones que la ley le impone para reparar los daños ya producidos e impedir que se sigan produciendo. El estudio se ocupa del rango de tales créditos y su preferencia frente a otras deudas y las distintas respuestas de la doctrina y la jurisprudencia, tanto en Alemania como en Estados Unidos. (I.G.P.)

287. WITZ: «La cour de cassation veille a l'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises», RDS, 1996, n.º 24, págs. 334-338.

Nota a la sentencia de casación (1.ª Civil) de 23 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

288. YAN LE CAË: «Le concert frauduleux entre un assuré et un agent général droit-il engager automatiquement la responsabilité de l'assureur?», GP, 1996, n.º 178-179, págs. 2-36.

Una jurisprudencia constante de la Corte de casación. Una jurisprudencia a enmendar. (ARANDA/SIERRA)

289. ZACCARIA, L.: «Sulla responsabilità civile del personale scolastico per i danni sofferti dal minore», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 241-243.

Comentario a Cass. 13.5.1995 m.5268 sobre responsabilidad civil de los profesores por los daños que los menores se causan a sí mismos. (A.R.G.)

290. ZENATI: «Essai d'une theorie unitaire de la prescription», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 339-353.

Noción unitaria de la prescripción y su evolución histórica. El régimen unitario de la prescripción. La propiedad como clave de los efectos de la prescripción. (ARANDA/SIERRA)

291. ZENO-ZENCOVICH, V.: «Profili comparatistici dell'alchimia: la liquidazione dell'impalpabile», RTDPC, 1995, n.º 4, págs. 1145-1162.

Estudio jurisprudencial de Derecho comparado sobre las cuestiones que plantea la lesión de los derechos de la personalidad, y el resarcimiento o indemnización del daño. (R.D.R.)

5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

292. AGOSTINI: «Unité de l'action paulienne», RDS, 1996, n.º 28, págs. j. 391-393.

Nota a las sentencias de la Corte de casación (1.ª Civil) de 14 de febrero y 18 de julio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

293. ANNUNZIATA, M.: «Sulla legittimazione del proprietario frontista a chiedere la demolizione del fabbricato costruito senza concessione edilizia o in difformità rispetto alla concessione -osservazione a C. cost. 18 aprile 1996 n.º 120», GC, 1996, n.º 7-8, págs. 1876-1877. (R.D.R.)

294. BALENA, G.: «Brevi note sulla "stabilità" dell'ipoteca giudiziale», FI, 1996, n.º 6, I, págs. 2140-2144.

Observaciones a Cass. 26.1.1996 n.º 584 que constituyen una rápida reflexión sobre la hipoteca judicial disciplinada en el artículo 2818 del Código civil. (A.R.G.)

295. BANDRAC: «Jurisprudence française: sûretés, publicité foncière», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 430-445.

Comentario a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

296. BANDRAC: «Jurisprudence française: sûretés, publicité foncière», RTDC, 1996, n.º 1, págs. 199-211.

Comentario a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

297. BANDRAC: «Jurisprudence française: sûretés, publicité foncière», RTDC, 1995, n.º 4, págs. 928-940.

Comentario a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

298. BATTAGLIA, C.: «Il marchio collettivo tra tutela reale e tutela personale - nota a Cass. 29 agosto 1995 n.º 9073», GC, 1996, n.º 5, págs. 1390-1392. (R.D.R.)

299. BERNARD: «Chronique d'actualité: expropriation pour cause d'utilité publique», SJ, 1996, n.º 30-35, págs. 313-316.

La fase administrativa. La fase judicial. (ARANDA/SIERRA)

300. BILLIAU: «Réflexions sur le gage», SJ, 1996, n.º 2, págs. 21-25.

La naturaleza del contrato de prenda. La naturaleza del derecho del prendista. (ARANDA/SIERRA)

301. BOESPFLUG: «Droit d'autor. Slogan. Signe distinctif», GP, 1995, n.º 147-151, págs. 19-23.

Notas a varias sentencias. (ARANDA/SIERRA)

302. BOSQUE: «Aspects pratiques pour les avocats de la mise en oeuvre de l'opposition du syndicat des copropriétaires dans les ventes judiciaires», GP, 1996, n.º 241-242, págs. 10-15.

Obligaciones del abogado demandante. Obligaciones del abogado rematante. (ARANDA/SIERRA)

303. BOUDILLAT: «La subsidiarité de certaines saisies -ventes: quand la loi est unique...», GP, 1996, n.º 220-221, págs. 8-11.

El carácter absoluto de la subsidiariedad de ciertas compraventas. El carácter perverso del sistema. (ARANDA/SIERRA)

304. BUTA, G.: «La circolazione giuridica degli spazi di parcheggio», GC, 1996, n.º 6, págs. 281-290.

Observaciones acerca de la disciplina de los espacios destinados a aparcamiento. Orientación legislativa, doctrinal y jurisprudencial en la materia y, en concreto, los actos de disposición autónoma de estos espacios. (R.D.R.)

305. CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles», RDI, 1995, n.º 3, págs. 582-598.

Notas a distintas sentencias francesas y a la legislación relativa al tema. (ARANDA/SIERRA)

306. CHARLES: «Droit de l'urbanisme», RDS, 1996, n.º 30, págs. 270-274.

Notas a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

307. CHEYSON: «Actions possessoires. Exclusion entre cocontractans. Servitude de prospect», GP, 1996, n.º 136-137 págs. 12-13.

Comentario a la sentencia de la corte de casación (3.ª civ.) de 22 de noviembre de 1995. La sentencia confirma que la inejecución o violación de una convención no puede jamás dar lugar entre las partes a una acción posesoria, sino sólo a una acción personal. (ARANDA/SIERRA)

308. CONTALDI, G.: «La convenzione di Bruxelles e il trust: brevi note sull'interpretazione dell'art. 611 conv. -nota a C. Giust. C.e. 17 maggio 1994 (in causa C-294/92)», GC, 1996, n.º 6, págs. 1531-1540. (R.D.R.)

309. CORTAZ: «La fleur et le pot: le concept publicitaire dans le prisme du droit d'auteur», SJ, 1996, n.º 26, págs. 279-282.

Nota a la sentencia C.A. Versailles (13 Ch.) de 20 de abril 1995. (ARANDA/SIERRA)

310. COURTOIS: «Combattre le piratage de logiciels», GP, 1996, n.º 164-165, págs. 36-41.

Dosier antipirataje: ¿Qué es el pirataje de «logiciels»? Las diferentes formas de plagio. La ley. Los procedimientos por plagio. Las responsabilidades. La acción microsoft. (ARANDA/SIERRA)

311. CROZE: «Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels, Decret n.º 96-103 du 2 février 1996», SJ, 1996, n.º 13. (ARANDA/SIERRA)

312. CROZE/SAUNIER: «Logiciels: retour aux sources», SJ, 1996, n.º 8, págs. 93-100.

La noción de fuente de marcas. Su régimen jurídico. (ARANDA/SIERRA)

313. CRUGNOLA, P.: «Utilizzazione di opere dell'ingegno in spot pubblicitari», Dir. Aut., 1996, n.º 2, págs. 200-210.

Utilización en spot publicitarios de obras musicales, de arte figurativo, cinematográficas, literarias y artículos periodísticos. Uso para fines publicitarios de obras de gran valor artístico y sistema de autodisciplina publicitaria. (A.R.G.)

314. DAVERAT: «La violation par l'éditeur du principe légal de rémunération de l'auteur est sanctionnée par des dommages-intérêts», SJ, 1996, n.º 21, págs. 225-226.

Nota a la sentencia de casación (1.ª civ.) de 9 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

315. DEL BENE, F.: «Disciplina degli spazi a parcheggio, vincoli di destinazione ed inserzione automatica di clausole ex art.1339 cod. civ.», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 134-143.

Comentario a Cass. 27.12.1994 n.º 11188 sobre el derecho real de uso de los espacios destinados a aparcamientos en un edificio. (A.R.G.)

316. DELEBÈCQUE/SIMLER: «Sûretés immobilières», RDI, 1995, n.º 3, págs. 580-581.

Notas a distintas sentencias francesas y a la legislación relativa al tema. (ARANDA/SIERRA)

317. DE SANTIS, S.: «L'occupazione acquisitiva tra esigenze finanziarie e principio di legalità -nota a Trib. Cosenza 20 febbraio 1996 (ord.)», GC, 1996, n.º 7-8, págs. 2107-2113. (R.D.R.)

318. DE TILLA, M.: «Sulle azioni possessorie nel condominio -nota a Cass. 20 aprile 1995 n.º 4461», GC, 1996, n.º 7-8, págs. 2085-2089. (R.D.R.)

319. DJIGO: «La gêne liée à un poulailler peut-elle, dans un village, revêtir un caractère anormal?», SJ, 1996, n.º 16, págs. 177-179.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de Riom (1.ª ch.civ.) de 7 de septiembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

320. DJIGO: «Syndic: nécessité d'une autorisation de l'assemblée générale pour introduire en justice une demande reconventionnelle», SJ, 1996, n.º 37, págs. 335-336.

Nota a la sentencia de casación (3.ª Civil) de 17 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

321. DYMANT: «De la saisie des meubles en général et du domicile en particulier», GP, 1996, n.º 220-221, págs. 2-7.

La ausencia de relación entre la preservación de la vida privada y la indisponibilidad de muebles. La diferencia de efectos entre titularidad de derecho de habitación y presunción de propiedad del inmueble. Compraventa por subsidiariedad de las cosas del deudor (ARANDA/SIERRA)

322. ERCOLANI, S.: «La tutela dei diritti d'autore in Italia e l'accordo TRIPS», Dir. Aut., 1996, n.º 1, págs. 50-72.

Efectos del acuerdo GATT ratificado por Italia por la ley n.º 747 de 29 de diciembre de 1994 y del acuerdo TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Right) sobre varios aspectos de la propiedad intelectual (disciplina de las patentes y marcas). (A.R.G.)

323. FABIANI, M.: «La protezione giuridica degli artisti interpreti e degli artisti esecutori nelle recenti vicende legislative», Dir. Aut., 1996, n.º 2, págs. 155-171.

Diversas cuestiones acerca de la disciplina legislativa existente para la tutela de las prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutores (objeto y contenido de la protección, derecho de compensación por usos secundarios de la prestación artística, límites en la protección de las prestaciones cinematográficas, derecho del artista sobre la copia privada, derechos morales y duración de los derechos patrimoniales del artista) (A.R.G.)

324. FIORINA: «Présomption légale et privation de propriété», RDS, 1996, n.º 24, págs. j. 329-334.

Nota sobre CEDH de 9 de diciembre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

325. FORNACIARI, M.: «Ancora sui procedimenti possessori -nota a Cass. 13 luglio 1995 n.º 7665», GC, 1996, n.º 6, págs. 1763-1769. (R.D.R.)

326. FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo- Nona serie», Dir. Aut., 1996, n.º 1, págs. 1-15.

Análisis de diversas operaciones e instituciones contractuales estadounidenses llevadas a la práctica audiovisual italiana: Sequel, remake, format, Block booking. (A.R.G.)

327. FRANÇON: «Assiette de la rémunération proportionnelle dans le contrat d'édition», SJ, 1996, n.º 6, págs. 70-71.

Nota a la sentencia de casación (1.ª civ.) de 7 de junio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

328. GABRIELLI, G.: «Idoneità dei titoli al fine della pubblicità immobiliare», RDC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 153-176.

Estudio del sistema de publicidad inmobiliaria, en relación a la idoneidad de la procedencia y requisitos formales de los títulos a los que se trata de dar publicidad.

Se distinguen a tal fin, los títulos procedentes de autoridades judiciales y administrativas, y los otorgados en el ámbito privado, y se hace igualmente referencia a los laudos arbitrales nacionales y extranjeros. (R.D.R.)

329. GALLOT: «Banques de données et droit d'auteur», GP, 1996, n.º 168-170, págs. 2-6.

Derechos de autor y constitución del banco de datos. Los derechos de autor y la protección de los bancos de datos. (ARANDA/SIERRA)

330. GALOPPINI, A.: «Catasto e pubblicità immobiliare: un problema irrisolto», RTDPC, 1996, n.º 1, págs. 71-88.

Reflexiones acerca de la institución del Catastro: el procedimiento y eficacia de este sistema de publicidad y sus efectos jurídicos. (R.D.R.)

331. GAUDEMET/SAVOIE/TOUBEL: «Urbanisme», RDI, 1995, n.º 3, págs. 538-541.

Notas a distintas sentencias francesas y a la legislación relativa al tema. (ARANDA/SIERRA)

332. GELINET: «Copropriété», GP, 1996 n.º 136-137, págs. 19-22.

Notas a varias sentencias. (ARANDA/SIERRA)

333. GILLERI, A.: «Sulla riforma degli enti lirici», Dir. Aut., 1996, n.º 1, págs. 73-76.

Delegación al Gobierno para que en el mes de junio de 1996 lleve a cabo la reforma de los entes líricos transformándolos en fundaciones reguladas por normas de Derecho Privado. (A.R.G.)

334. GINSBURG/SIRINELLI: «Les difficultés rencontrées lors de l'élaboration d'une œuvre multimédia. Analyse des droits française et américain», SJ, 1996, n.º 5 págs. 65-70.

La existencia de elementos especiales en la multimedia. Creación hecha a partir de elementos existentes. (ARANDA/SIERRA)

335. GUIDO, P.: «Legittimità della costituzione di parte civile della SIAE nei procedimenti penali per reati di ricettazione», Dir. Aut., 1996, n.º 1, págs. 124-127.

Legitimación del SIAE para constituirse en parte civil en procesos penales relativos a la reproducción abusiva de obras del ingenio. (A.R.G.)

336. HAUSER: «Jurisprudence française: droits de la famille», RTDC, 1995, n.º 4, págs. 865-877.

Comentarios a diversas sentencias relativas a: matrimonio, concubinato, divorcio y separación, filiación y adopción. (ARANDA/SIERRA)

337. HAUSER: «Jurisprudence française: droits de la famille», RTDC, 1996, n.º 1, págs. 133-143.

Comentarios a diversas sentencias relativas a: concubinato, divorcio, filiación, vida familiar y disolución de la familia. (ARANDA/SIERRA)

338. HAUSER: «Jurisprudence française: droits de la famille», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 364-382.

Comentarios a diversas sentencias relativas a: matrimonio, concubinato, divorcio y separación, Vivienda familiar, filiación y adopción. (ARANDA/SIERRA)

339. JESU, G.: «Omessa notifica della proposta di alienazione e diritto di prelazione», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 146-150.

Comentario a Cass. 7.12.1994 n.º 104494 sobre el derecho de adquisición preferente en materia de arrendamientos rústicos. Necesidad de comunicación del propietario y del concedente. (A.R.G.)

340. LARROUMET: «Gage-espèces, fiducie, pacte comissoire et compensation», RDS, 1996, n.º 28, págs. j. 399-400.

Nota a la sentencia de casación comercial de 9 de abril de 1996. (ARANDA/SIERRA)

341. LEGUAY/DUBOIS: «Assurances», RDI, 1995 n.º 3, págs. 568-573.

Notas a distintas sentencias francesas y a la legislación relativa al tema. (ARANDA/SIERRA)

342. MANZINI, G.: «Usufrutto successivo», CI, 1995, n.º 3, págs. 1357-1378.

Intransmisibilidad del usufructo y problema de la admisión del usufructo sucesivo «impropio». Usufructo sucesivo y prohibición de sustitución fideicomisaria. La reserva de usufructo. La reserva a favor de un tercero. El legado de usufructo sucesivo. (A.R.G.)

343. MARAIS/MOREL: «Expropriation», RDI, 1995, n.º 3, págs. 533-537.

Notas a distintas sentencias francesas y a la legislación relativa al tema. (ARANDA/SIERRA)

344. MAUGERI, M.R.: «Il rimedio inibitorio nella giurisprudenza ambientale: il diritto all'ambiente salubre come espediente retorico», RDC, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 165-179.

Observaciones en torno a la jurisprudencia civil que abre la vía de la «tutela inibitoria» en materia ambiental. (R.D.R.)

345. MENESINI, V.: «Il marchio fra diritto d'autore e tutela della rino-manza intesa come a vviamento», Dir. Aut., 1996, n.º 1, págs. 16-49. (A.R.G.)

346. MENNICKE, P.: «“Magill” - Von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur “essential facilities” -Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes?», ZHR, 160, 1996, págs. 626-659.

La autora examina la resolución de 6 de abril de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de la CE sobre el asunto «Magill TV Guide». El Tribunal aplica el art. 86 del Tratado relativo a la explotación abusiva de posición dominante en el mercado para un supuesto de denegación de licencia por el titular de la propiedad intelectual. Se analiza el alcance que dicha decisión pueda tener, su importancia para la interpretación de va-

rios artículos del Tratado (arts. 30, 36 y 86), así como su trascendencia para la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la CE. (I.G.P.).

347. MONTESANO, L.: «*Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali), delle inibitorie, normali e urgenti*», RTDPC, 1995, n.º 3, págs. 775-783.

Revisión de las funciones y contenido de la tutela inhibitoria, con referencias a la condena, ejecución forzosa y reintegración específica. La inhibitoria de urgencia. (R.D.R.)

348. MUECHINGER: «*Le droit français du multimédia et des télécommunications*», GP, 1996, n.º 213-214, págs. 13-23.

Los datos nominativos. La protección de los datos disponibles en redes. Consideraciones económicas relativas a la información pública. La reglamentación de las telecomunicaciones. El problema de la ley aplicable a las operaciones en redes. (ARANDA/SIERRA)

349. NAVARRINI, G.: «*L'art 2917 C.c. al vaglio della Consulta -nota a Pret. Catania 17 dicembre 1995 (ord.)*», GC, 1996, n.º 6, págs. 1827-1830. (R.D.R.).

350. PÉRINET-MARQUET: «*Droit des biens*», SJ, 1996, n.º 14, págs. 145-148

Propiedad y posesión. Indivisión. Copropiedad. Desmembramiento del derecho de propiedad. (ARANDA/SIERRA)

351. PÉROCHON/HEC-DJCE: «*Réserve de propriété. Revendications*», RDS, 1996, n.º 25, págs. 219-224.

Notas a varias sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

352. PÉROCHON/HEC-DJCE: «*Réserve de propriété. Revendications*», RDS, 1996, n.º 24, págs. 211-218.

Notas a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

353. PIÉDELIÉVRE: «*Publicité foncière*», RDS, 1996, n.º 23, págs. 204-210.

Notas a diversas sentencias sobre el tema (ARANDA/SIERRA)

354. PRADEL: «*Du pouvoir d'annulation conféré à la chambre d'accusation lorsqu'elle est saisie sur appel d'une ordonnance de renvoi à caractère complexe*», RDS, 1996, n.º 25, págs. j. 345-346.

Nota a la sentencia de la Asamblea plenaria de 24 de mayo de 1996. (ARANDA/SIERRA)

355. RADIGON: «*Quelles garanties pour l'acquéreur d'un bien immobilier*», GP, 1996, n.º 241-242, págs. 7-9.

Desde fuera de la venta de inmueble en construcción. Desde la venta de un inmueble en construcción. (ARANDA/SIERRA)

356. REGOLI, F.A.: «Brevi osservazioni in tema di efficacia reale del contratto a favore di terzo nei suoi rapporti con il patto d'opzione», *RTDPC*, 1996, n.º 2, págs. 463-475.

Análisis de la eficacia real del contrato a favor de tercero, con especial referencia al efecto traslativo. Posiciones jurisprudenciales y doctrinales, y relación con el pacto de opción. (R.D.R.).

357. RICOLFI, M.: «Bioetica valori e mercate: il caso del brevetto biotecnologico», *RTDPC*, 1995, n.º 2, págs. 627-640.

Reflexión acerca de los dilemas morales que se presentan en el campo de la biotecnología e ingeniería genética, y las cuestiones que plantean las patentes biotecnológicas en el mercado. (R.D.R.).

358. RIDOLFI, C.: «Creatività e plagio nelle opere d'arte figurativa», *Dir. Aut.*, 1996, n.º 1, págs. 111-123.

El mero proyecto de obras de arte figurativo como obra del ingenio. Plagio con usurpación de paternidad. La creatividad en las obras de arte figurativo. (A.R.G.)

359. ROCHER: «Procédures civiles d'exécution», *GP*, 1996, n.º 220-221, págs. 20-22.

Nota a la sentencia de la Corte de Apelación de París (14.ª Ch.C) de 17 de febrero de 1996, sobre medidas de conservación. (ARANDA/SIERRA)

360. ROMANO, S.: «Considerazioni su una audizione a Bruxelles in tema di diritto di autore nella società dell'informazione», *Dir. Aut.*, 1996, n.º 2, págs. 211-224.

Artículo que aborda los cambios tecnológicos producidos en el mundo de la propiedad intelectual, en especial los que afectan al autor y la obra como ejemplar material. (A.R.G.)

361. ROUAULT: «Commentaire du décret n.º 95-595 du 6 mai 1995 completant le code du domaine de l'état relatif a la constitution de droits réels sur le domaine public», *RDI*, 1995, n.º 3 págs. 517-525.

El tercero, su reconocimiento y su retracto. Recurso al crédito-arrendamiento y transmisión del derecho real. (ARANDA/SIERRA)

362. SIMLER/DELEBECQUE: «Droit des sûretés», *SJ*, 1996, n.º 25, págs. 253-256.

Derechos reales de garantía: reglas comunes. (ARANDA/SIERRA)

363. STINGONE, C.: «Actio negatoria e obbligo di prestare il consenso alla cancellazione dell'ipoteca», *BBTC*, 1996, n.º 3, parte seconda, págs. 319-326.

Afirmación del Tribunal Supremo italiano en el sentido de que cuando la garantía hipotecaria válidamente constituida devenga inexistente por hechos sobrevenidos relacionados con el objeto o la causa, el acreedor debe prestar el propio consentimiento a la cancelación de la inscripción correspondiente, ya que de otro modo responde de los daños ocasionados al propietario del bien. (A.R.G.)

364. TELLIER-LONIEWSKI: «Brevetabilité des logiciels: l'Europe dans le sillage des États-Unis et du Japon», GP, 1996, n.º 213-214, págs. 12-15.

Insuficiencia de la protección por el derecho de autor. La patentabilidad de los inventos informáticos. La patentabilidad de los inventos informáticos en EE.UU. y Japón. (ARANDA/SIERRA)

365. TRIOLA, R.: «Il giudizio possessorio prima e dopo la “novella” -nota a Cass. 13 luglio 1995 n.º 7665», GC, 1996, n.º 6, págs. 1769-1772. (R.D.R.)

366. TRIOLA, R.: «Manutenzione di lastrico solare in edificio condominiale: ripartizione delle spese e responsabilità per danni - nota a Cass. 7 dicembre 1995 n.º 12606», GC, 1996, n.º 5, págs. 1350-1352. (R.D.R.)

367. TRIOLA, R.: «Osservazioni in tema di c.d. condominio parziale -nota a Cass. 22 febbraio 1996 n.º 1357», GC, 1996, n.º 5, págs. 1313-1314. (R.D.R.)

368. VERON: «Voies d'exécution», GP, 1996, n.º 136-137, pág. 34.

Notas a varias sentencias. (ARANDA/SIERRA)

369. VIGNERON: «Privilège immobilier et hypothèque légale du syndicat: une complémentarité», LC, 1996, n.º 1, págs. 1-2.

Distribución de las cargas en la copropiedad. (ARANDA/SIERRA)

370. ZENATI: «Jurisprudence française: propriété et droits réels», RTDC, 1995, n.º 4, págs. 919-927.

Comentario a diversas sentencias de inalienabilidad, uso y habitación. (ARANDA/SIERRA)

371. ZENATI: «Jurisprudence française: propriété et droits réels», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 420-429.

Comentario a diversas sentencias del tema. (ARANDA/SIERRA)

6. DERECHO DE FAMILIA

372. AGELL, A.: «Matrimoni transfrontalieri e regimi patrimoniali: verso un diritto uniforme?», RDC, 1996, n.º 3, parte prima, págs. 313-334.

Reflexión acerca de la normativa aplicable al régimen económico matrimonial y obligación de alimentos, cuando los cónyuges son de diferentes nacionalidades y entra en juego el Derecho internacional privado.

Las normas de Derecho internacional privado, la Convención de La Haya de 1978 y las recomendaciones del Consejo de Europa hacia un Derecho europeo uniforme en esta materia. (R.D.R.)

373. ANGELONI, F.: «Il danno al convivente more uxorio é, dunque, danno ingiusto», CI, 1995, n.º 3, págs. 885-892.

Repaso jurisprudencial sobre la cuestión concerniente al resarcimiento por muerte de uno de los convivientes a causa de un hecho ilícito. (A.R.G.)

374. ARDEEFF: «Il n'appartient pas au juge de la mise en état d'ordonner une expertise sanguine dans le cadre d'une action en recherche de paternité», *SJ*, 1996, n.º 7, págs. 78-81.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de Toulouse (1.ºch.) de 21 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

375. ARIC, F.: «Riflessioni in tema di affidamento familiare: natura e presupposti dell'istituto», *DFP*, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 538-568.

Comentario a Trib. Min. L'Aquila-Procura d. Pubbl. 4.2.1995. (A.R.G.)

376. BALESTRA, L.: «Famiglia di fatto e impresa familiare», *CI*, 1995, n.º 3, págs. 893-920.

Debate actual sobre si la familia de hecho puede incluirse dentro de la noción de empresa familiar. (A.R.G.)

377. BONOMI, A.: «La disciplina dell'adozione internazionale dopo la riforma del diritto internazionale privato», *RDC*, 1996, n.º 3, parte seconda, págs. 355-386.

Observaciones en torno a la evolución del instituto de la adopción, y las modificaciones de Derecho internacional privado que ha introducido la ley 31 mayo 1995, n. 218, sobre ley aplicable a la constitución y revocación de la adopción, relaciones entre adoptante y adoptado, jurisdicción y reconocimiento de procedimientos extranjeros. (R.D.R.)

378. BRUGUIÈRE: «L'adhesion à un mouvement religieux et ses conséquences sur la vie familiale», *SJ*, 1996, n.º 30-35, págs. 327-329.

Nota a la sentencia de la Corte de Apelación de Montpellier (1.º Ch.C) de 7 de noviembre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

379. CANONICO, M.: «Matrimonio dei minori e gravi motivi: la convivenza quale presupposto per l'elusione del divieto normativo», *DFP*, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 617-636.

Comentario al Decreto del Trib. Min. Perugia de 31-5-1995 respecto a los criterios de autorización necesarios para el matrimonio del menor. (A.R.G.)

380. CIPPITANI, R.: «L'addebito della separazione come rimedio di carattere patrimoniale», *DFP*, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 687-733.

Artículo dedicado a la unidad de la familia y a la nueva disciplina de la separación judicial entre cónyuges (interpretación, en concreto, de los artículos 151 y 156 del código civil). (A.R.G.)

381. DASSIO, M.: «La comunione legale dei beni tra coniugi in Italia ed in Francia», *DFP*, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 734-777.

Comparación entre el modelo francés y el italiano en los siguientes aspectos: Objeto de la comunión, noción de adquisición, adquisición a título originario, participaciones sociales, administración de bienes comunes, responsabilidad patrimonial, ruptura de la comunión legal, ruptura de la comunión en el caso de separación personal. (A.R.G.)

382. DEANGELI, A.: «Madre coniugata e riconoscimento del figlio naturale», 1995, n.º 4, págs. 1425-1444.

Comentario al art. 250 C.c., que permite el reconocimiento de los anteriormente denominados «hijos adulterinos», abandonando dicha terminología. Problemas de interpretación y adaptación de la normativa sobre la materia. (R.D.R.)

383. DEKEUWER: «Portée de la suppression de l'ancienne présomption légale de caractère volontaire du défaut de paiement», SJ, 1996, n.º 5, págs. 58-62.

Nota a la sentencia de cas. crim. de 28 de junio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

384. DI SAPIO, A.: «Atti di assegnazione di beni di s.r.l. e socio, in comunione legale, titolare di una quota personale:... istruzioni autentiche per un illecito», DFP, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 800-813.

Análisis del problema relativo a la exclusión de la comunión legal de bienes de lo recibido por uno de los cónyuges en virtud del reparto del activo social. (A.R.G.)

385. DREIFUS-NETTER: «La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers», RTDC, 1996, n.º 1, págs. 1-28.

La filiación del niño nacido de una relación entre un miembro de la pareja y un tercero. (ARANDA/SIERRA)

386. EMILIOZZI, E.A.: «Il problema dell'acquisto dell'edificio costruito sul suolo di proprietà di un soggetto coniugato in regime di comunione legale», DFP, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 778-799.

Discusión respecto a si el edificio construido bajo el régimen de comunión legal de bienes sobre suelo perteneciente a uno solo de los cónyuges debe regirse por las normas de la comunión o por las normas de la accesión. (A.R.G.)

387. KANDEM: «L'enfant et le droit de visite», GP, 1996, n.º 215-216, págs. 2-9.

La reivindicación del menor para ejercer el derecho de visita. La oposición del menor al ejercicio del derecho de visita. (ARANDA/SIERRA)

388. LACHAUD: «Le divorce et l'exploitation agricole», GP, 1996, n.º 199-200, págs. 3-4. (ARANDA/SIERRA)

389. LILLO, P.: «Invalidità del matrimonio concordatario e giurisprudenza di merito», RTDPC, 1996, n.º 1, págs. 359-373.

Comentario a las sentencias Trib. Brescia 19 de enero de 1994 y Trib. Cremona 17 de febrero de 1994, sobre nulidad por «error in qualitate personae» de matrimonios concordatarios. (R.D.R.)

390. MARZO, G.: «Il cognome della donna coniugata», RTDPC, 1996, n.º 1, págs. 27-70.

Análisis del apellido familiar y sus efectos en la esfera pública y privada, a propósito de la presentación de un proyecto de ley, modificador de los arts. 143-bis, 156-bis y 262 C.c., para otorgar a los esposos el derecho a elegir el apellido de la nueva familia matrimonial. Referencia a la normativa alemana. (R.D.R.)

391. MASSIP: «Droit de famille et des personnes», GP, 1996, n.º 136-137, págs. 22-31.

Notas a varias sentencias. (ARANDA/SIERRA)

392. MONÉGER: «Le Parlement à la recherche d'une règle de conflit de lois en matière d'adoption internationale», SJ, 1996, n.º 9, págs. Actualités.

La jurisprudencia de la Corte de Casación. La proposición de ley de M. Mattéi. Trabajos de la comisión de leyes de la Asamblea nacional sobre el art.359-1 C.c. y su votación. (ARANDA/SIERRA)

393. NEIRINCK: «L'accouchement sous X: le fait et le droit», SJ, 1996, n.º 15, págs. 149-154.

Descripción del acogimiento: modalidades y consecuencias. Análisis del acogimiento. (ARANDA/SIERRA)

394. OBERTO, G.: «Pubblicità dei regimini patrimoniali della famiglia», RDC, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 229-260.

Información sobre algunas de las principales novedades, introducidas en el campo doctrinal y jurisprudencial, en relación a los problemas de publicidad de las relaciones patrimoniales entre cónyuges. (R.D.R.)

395. PONTI, L./PETTARIN, G.G.: «L'impresa familiare é un istituto a protezione dell'ultima delle prime o della prima delle ultime?», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 171-173.

Comentario a Cass. 23.2.1995 n. 2060 sobre la configuración de la empresa familiar. (A.R.G.)

396. PRÉVAULT: «La saisie du véhicule du mari n'a pas à être dénoyée a la femme commune en diens», RDS, 1996, n.º 23, págs. j. 326-328.

Nota a la sentencia de apelación de París de 23 de noviembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

397. PUIGELIER: «Les résultats d'un examen comparé des sangs peut à eux sels permettre d'établir la preuve de l'existence de relations intimes», SJ, 1996, n.º 4, págs. 41-42.

Nota a la sentencia de cas. (1.ª civ.) de 14 de febrero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

398. PUIGELIER: «Article 266 du code civil: les juges du fond doivent rechercher en quoi le préjudice indemnisé résulte de la dissolution du mariage», RDS, 1996, n.º 30, págs. j. 424-425.

Nota a la sentencia de casación (2.ª Civil) de 31 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

399. RUBELLIN-DEVICHI: «Chronique d'actualité: droit de la famille», SJ, 1996, n.º 27, págs. 279-284.

Matrimonio. Divorcio. Menores. (ARANDA/SIERRA)

400. RUBELLIN-DEVICHI: «Chronique d'actualité: Droit de famille», SJ, 1996, n.º 4, págs. 59-64.

Matrimonio y concubinato. Divorcio. Hijos. (ARANDA/SIERRA)

401. RUET: «L'incidence du divorce sur le droit d'usage du titre nobiliaire par la femme non titrée», SJ, 1996, n.º 12.

Nota a la sentencia del TGI de Chateauroux de 26 de septiembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

402. SALZANO, A.: «Il concetto di residenza abituale e la procedura di ascolto del minore nella Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori», DFP, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 641-656.

Comentario al Decreto del Trib. Min. Bari de 7-10-1995 a raíz de la entrada en vigor en Italia el 1-5-1995, de la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores. (A.R.G.)

403. SURDI, F.: «La comunione legale di beni tra coniugi ed il principio dell'accessione», DFP, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 517-529.

Comentario a Corte Cass. 27-1-1996 n. 651 respecto al carácter de la adquisición del edificio construido bajo el régimen de comunión legal de bienes sobre el suelo perteneciente a uno solo de los cónyuges. (A.R.G.)

404. TOSTI, L.: «Ricorso all'i.a.e. e titolarità dei requisiti soggettivi ex art. 6 legge n. 184/1983», DFP, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 614-617.

Nota a Trib. Rimini 24-3-1995 en materia de inseminación artificial y, en concreto, el análisis de la relación con el hijo procreado artificialmente. (A.R.G.)

405. UDA G.M.: «Inseminazione artificiale eterologa e stato della persona», DFP, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 569-614.

Comentario a Trib. Rimini 24-3-1995 sobre inseminación artificial heteróloga y la relación de filiación. (A.R.G.)

406. VAREILLE: «Jurisprudence française: régimes matrimoniaux», RTDC, 1996, n.º 1, págs. 221-234.

Comentarios a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

407. VAREILLE: «Jurisprudence française: régimes matrimoniaux», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 458-464.

Comentarios a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

408. VASSAUX: «Le refus prolongé d'une femme de soigner sa stérilité constitue un comportement fautif et injurieux», SJ, 1996, n.º 8, págs. 89-91.

Nota a la sentencia de apelación de Burdeos, (6.ª ch.), de 7 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

409. VV.AA.: «Chronique d'actualité: Droit matrimoniaux», SJ, 1996, n.º 7, págs. 85-92.

Régimen primario. Contrato de matrimonio. Comunidad. Separación de bienes. (ARANDA/SIERRA)

7. DERECHO DE SUCESIONES

410. BALZARETTI, S.: «L'impugnazione della rinuncia all'eredità da parte dei creditori del rinunziante», NGCC, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 92-102.

Naturaleza jurídica de la acción del art. 524 del Código civil. Presupuestos de la impugnación. Requisitos del crédito por el que se actúa. Inscripción de la demanda judicial. Conflicto entre acreedores. Legitimación pasiva en el juicio interpuesto por parte de los acreedores del renunciante. La renuncia al legado o a la donación. (A.R.G.)

411. BEHAR-TOUCHAIS: «Détermination de l'ordre de réduction d'un trust intervifs constitué aux États-Unis», SJ, 1996, n.º 22, págs. 233-238.

Nota a la sentencia de casación (1.ª Civil) de 20 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

412. DI MAURO, N.: «Effetti della rinuncia tacita alla prescrizione del diritto di accettare l'eredità - nota a Cass. 15 gennaio 1996 n. 263», GC, 1996, n.º 6, págs. 1667-1669. (R.D.R.)

413. FEOLA, D.: «Nullità della donazione dissimulata disposta dal de cuius e azione di simulazione promossa dall'erede legittimario», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 257-262.

Comentario a Cass. 29-5-1995 n. 6031 sobre el ejercicio de la acción de simulación por parte del legítimo. (A.R.G.)

414. LEQUETTE: «De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs», RDS, 1996, n.º 27, págs.ch. 231-237.

A propósito de una sentencia de la 1.ª Sala de lo Civil de la Corte de casación de 20 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

415. PATARIN: «Jurisprudence française: successions et libéralités», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 446-457.

Comentarios a diversas sentencias sobre partición, transmisión y liberalidades. (ARANDA/SIERRA)

416. PATARIN: «Jurisprudence française: successions et libéralités», RTDC, 1996, n.º 1, págs. 212-220.

Comentarios a diversas sentencias sobre partición, transmisión y liberalidades. (ARANDA/SIERRA)

417. PATARIN: «*Jurisprudence française: successions et libéralités*», RTDC, 1995, n.º 4, págs. 941-952.

Comentarios a diversas sentencias sobre partición, transmisión y liberalidades. (ARANDA/SIERRA)

418. RIVOLTA, G.C.M.: «*Clausole societarie e predisposizione successiva*», RTDPC, 1995, n.º 4, págs. 1197-1226.

Análisis de las cláusulas societarias referentes al supuesto de muerte del socio y sus consecuencias, en relación con la prohibición del pacto sucesorio. Estudio de la legitimidad de dichas cláusulas, según el tipo de sociedad, interpretación y efectos en la relación entre los socios y los llamados a la sucesión del socio fallecido. (R.D.R.)

8. VARIAS

419. ALT-MAES: «*Le discernement et la parole du mineur en justice*», SJ, 1996, n.º 10-11. (ARANDA/SIERRA)

420. AUNEAU: «*L'affaire Bosman: les spécificités sportives en question*», SJ, 1996, n.º 25, págs. 270-276.

Nota CJCE de 15 de diciembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

421. BALZEREIT B./ KASSEBOHM, K/ KETTLER R.: «*Umwelthaftung und Versicherungsschutz*», BB, págs. 117-125.

Ante la ingente normativa reguladora de los aspectos relacionados con la protección del medio ambiente desde la perspectiva de la actividad económica, el artículo trata de poner de manifiesto las pautas de comportamiento en los casos de evaluación y aseguramiento del riesgo. (M.P.G.R)

422. BARTHÉLÉMY: «*L'avocat nouveau n'est pas arrivé!*», SJ, 1996, n.º 20, págs. 193-195.

Un encuadre legislativo favorable. Una utilización deplorable por los profesionales. (ARANDA/SIERRA)

423. BOUTARD-LABARDE: «*Droit communautaire*», SJ, 1996, n.º 24, págs. 242-246

Responsabilidad normativa. Efecto directo de las directivas. Litigios de consumación: el art. 129 A del Tratado CE. Profesiones reglamentarias. Reconocimiento de los diplomas de enseñanza superior. Aplicación retroactiva del tratado de la Unión. Permisos de conducir. Sanciones aplicables a la violación del derecho comunitario. (ARANDA/SIERRA)

424. CAMPEIS, G./DE PAULI, A.: «*Fallimento estero e sue conseguenze processuali in Italia*», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 167-170.

Comentario a Cass. 3.10.1995 n.º 10388 sobre el reconocimiento en Italia de sentencia extranjera declarativa de quiebra. (A.R.G.)

425. CHINDEMI, D.: «Sulla difformità della data risultante dall'originale della relata di notifica rispetto a quella indicata nella copia notificata», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 237-238.

Comentario a App. Milano 7-3-1995 sobre la notificación en el procedimiento civil. Disconformidad de la fecha, no atribuible a error material, en la copia notificada del auto de citación en apelación, respecto a la indicada en el original. (A.R.G.)

426. COLLIN-DEMUMIEUX: «Le système française d'indemnisation des victimes contaminées par le virus VIH saisi par le droit européen», RDS, 1996, n.º 26, págs. j. 357-360.

Nota sobre CEDH de 4 de diciembre de 1995, (ARANDA/SIERRA)

427. COPPOLA, R.: «Il lavoro, il diritto e il tempo libero: profili ecclesiasticistici», DFP, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 661-676.

Artículo perteneciente al Seminario Nacional de Estudio «Las obras y los días», celebrado en Milán los días 11-13 de mayo de 1995, sobre el trabajo y las festividades religiosas. (A.R.G.)

428. DAIGRE/MATIN: «La lettre tué, et l'esprit vivifié», RDS, 1996, n.º 27 pág. ch. 238.

Breve comentario acerca del procedimiento de ejecución (arts. 22 y 23). (ARANDA/SIERRA)

429. DAILLE-DUCLOS: «L'évolution du droit des loteries», GP, 1996, n.º 203-205, págs. 2-10.

El derecho interno en materia de loterías. El derecho interno y su aplicación actual. El derecho comunitario. (ARANDA/SIERRA)

430. DENNINGER, E.: «Menschenrechte und Staatsaufgaben - ein "europäisches" Thema», JZ, 1996, págs. 585-590.

A la luz de la llamada al respeto de los derechos humanos que realiza el Tratado de la Unión, el autor analiza las fortalezas y debilidades del respeto por los derechos humanos en cada ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, en orden a una futura reordenación constitucional de la Unión. (M.P.G.R)

431. EHLERS, D.: «Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht», JZ, 1996, págs. 776-783.

A la luz de la 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*, el autor analiza las consecuencias para el orden jurídico alemán del principio de responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario imputables al legislador nacional, las condiciones de imputabilidad, la determinación de la cuantía de la reparación. (M.P.G.R.)

432. FORLATI PICCHIO, L. Y OTROS: «Rassegna di legislazione e di giurisprudenza dell'Unione Europea, A: Parte generale», NLCC, 1996, n.º 2-3, págs. 547-594.

Reseñas de legislación y jurisprudencia (1 de enero de 1993-30 de junio de 1995) de la Unión Europea sobre diversas materias. (R.D.R.)

433. FOURGOUX: «Connaissance, reconnaissance et méconnaissance du droit communautaire», GP, 1996, n.º 187-188, págs. 6-7.

Comentario a la sentencia de la Corte comercial de 21 de febrero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

434. GAUTIER: «Portrait d'un portraitiste: à propos d'une galerie de grands jurisconsultes», RTDC, 1996, n.º 2, págs. 333-337.

Reseña de la publicación de l'Anthologie de la pensée juridique del profesor Philippe Malaurie. (ARANDA/SIERRA)

435. GIANFORMAGGIO, L.: «Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco», FI, 1996, n.º 6, I, págs. 1961-1975.

Nota a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 12 de septiembre de 1995, n.º 422 sobre el principio de igualdad. (A.R.G.)

436. GILI, A.: «L'art. 163 bis, comma 2.º, cod. proc. civ. é applicabile nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo?», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 175-178.

Comentario a Cass. 28-4-1995 n.º 4719. (A.R.G.)

437. GRIGOLI, M.: «Profili del nuovo volto del diritto della navigazione», GC, 1996, n.º 5, págs. 265-280.

Análisis del panorama normativo y los diferentes factores que intervienen en la formación del Derecho de la navegación. Entre ellos, los modelos de privatización y la seguridad en la esfera náutica. (R.D.R.)

438. GROSSI, P.: «Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo», RDC, 1996, n.º 3, parte prima, págs. 281-286.

Breves notas acerca de la influencia que debe tener el método comparativo histórico y actual en la formación del «futuro derecho uniforme europeo». (R.D.R.)

439. GRUNDMANN, S.: «EG-Richtlinie und nationales Privatrecht. Umsetzung und Bedeutung der umgesetzten Richtlinie im nationalen Privatrecht», JZ, 1996, págs. 274-287.

Documentado trabajo sobre las relaciones entre las directivas comunitarias y el Derecho privado nacional (fundamentalmente de la RFA) en el que se analizan prioritariamente la virtualidad de un Derecho nacional más estricto, el criterio de la interpretación del Derecho nacional aún no adaptado conforme a la directiva y la actuación del legislador dentro del margen de maniobra que ofrece la técnica de la directiva. (M.P.G.R.)

440. GUARINO, A.: «Deducibilità fiscale ed erogazioni a favore delle confessioni religiose», DFP, 1996, n.º 2, parte seconda, págs. 821-847.

Artículo que aborda el régimen tributario de los entes y bienes eclesiásticos en Italia. (A.R.G.)

441. HANAU, P.: «Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz», NJW, 1996, págs. 1369-1374.

Comentario a la nueva ley alemana que desarrolla la Directiva sobre trabajadores desplazados. La ley alemana no sólo se ocupa de los traslados al extranjero sino también de los traslados internos. El autor estudia su compatibilidad con el Derecho comunitario en general. (M.P.G.R.)

442. HARTWIEG, O.: «Forum Shopping zwischen Forum Non Conveniens und "hinreichendem Inlandsbezug"», JZ, 1996, págs. 109-118.

En el contexto de la competencia judicial internacional para conocer de problemas relativos al comercio internacional, el autor estudia las analogías y diferencias de sistemas de corte flexible como el inglés y sistemas más rígidos como los de *civil law*. (M.P.G.R.)

443. HILTL, Ch./GROßMANN, K.: «Grundfragen des neuen deutschen Telekommunikationsrechts», BB, 1996, págs. 169-176.

La supresión en 1998 del monopolio de la telecomunicación por imperativos del Derecho comunitario ha conducido a la elaboración de proyectos de regulación para la RFA que son analizados por el autor. (M.P.G.R.)

444. HOBE, S./TIETJE, Ch.: «Europäische Grundrechte auch für Profisportler», JuS, págs. 486-493.

Libertades comunitarias para el deporte profesional.

Los autores realizan un comentario de la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Bosman. (M.P.G.R.)

445. LACHAUD: «Les arts. 671 et 672 du Code Civil sont-ils obsolètes?», GP, 1996, n.º 199-200, pág. 2.

Breve reflexión sobre la aplicabilidad actual de los artículos mencionados. (ARANDA/SIERRA)

446. LASSAUSOIS: «La critique des jugements et révertout haut», GP, 1996, n.º 189-191, pág. 19.

Justificación de la crítica a los jueces en determinadas ocasiones. (ARANDA/SIERRA)

447. LE GALL: «À quel moment le contradictoire? Une application de la Convention européenne des Droits de l'Homme», GP, 1996, n.º 185-186, págs. 2-6

Aplicación de la Convención europea de derechos el Hombre. La contradicción en los Tribunales del Orden Jurisdiccional nacional. La contradicción en las Comisiones y más generalmente en los organismos de naturaleza administrativa. (ARANDA/SIERRA)

448. LEPAGE: «Le project de loi sur l'air», SJ, 1996, n.º 19, pág. 186.

Comentario al proyecto de ley aprobado por el consejo de ministros el 3 de abril de 1996. (ARANDA/SIERRA)

449. LÜKE, G.: «Bausteine des Zwangsvollstreckungsverfahrens», *JuS*, págs. 185-189.

Fundamentos del proceso de ejecución.

El artículo pretende comprender el procedimiento de ejecución en sus relaciones con el Derecho material y sus elementos estructurales básicos. Se orienta fundamentalmente a la solución de cuestiones prácticas y a la exposición básica del procedimiento de ejecución, con ayuda de los textos generales y la jurisprudencia más reciente. (M.P.G.R.)

450. MARTIN: «Chronique d'actualité: droit de la profession d'avocat», *SJ*, 1996, n.º 28, págs. 290-292.

Varios temas de interés en el ejercicio de la profesión. (ARANDA/SIERRA)

451. MARTIN: «La fusion éclatée?», *SJ*, 1996, n.º 20, págs. 196-198.

¿Judicial y Jurídico? (ARANDA/SIERRA)

452. MARTIN: «La frontière entre la libre prestation de services et le droit d'établissement pour les avocats de la Communauté européenne», *SJ*, 1996, n.º 19, págs. 201-203.

Nota a la CJCE de 30 de noviembre de 1995 aff. C/55/94. (ARANDA/SIERRA)

453. MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione-Terzo quadrimestre 1996», *RDC*, 1996, n.º 3, parte seconda, págs. 399-416.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias. (R.D.R.)

454. MOCCIA, L.: «Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato. (Per una teoria dell'ordinamento giuridico "aperto")», *RTDPC*, 1996, n.º 1, págs. 181-193.

Reflexión en torno al sistema de derecho comparado y el proceso de integración jurídica europea. (R.D.R.)

455. MÖLLERS, T. M. J.: «Zur Zulässigkeit des Verbraucherboykotts - Brent Spar und Mururoa», *NJW*, 1996, págs. 1374-1378.

Admisibilidad del boicot de los consumidores. Ejemplos de Bret Spar y Mururoa.

El autor se pregunta, a la luz de los ejemplos que en el pasado reciente se plantearon en torno a la compañía petrolera Shell y a las pruebas atómicas del Estado francés en el atolón de Mururoa, cuáles son las implicaciones jurídicas de las llamadas a boicot que, como se sabe, en el primero de los casos supusieron un seguimiento significativo por parte de los consumidores de productos derivados del petróleo y un cambio en los proyectos de la compañía afectada. (M.P.G.R.)

456. PAULUS, C.G.: «Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses», *ACP*, 1997, págs. 136-160.

Manipular o hacer que las pruebas se desvanezcan es una práctica de la que el autor ofrece numerosos ejemplos bíblicos. Su estudio analiza el tratamiento del tema en el proceso civil alemán, en el Derecho romano clásico y en los Estados Unidos, señalando diferencias y puntos comunes. (I.G.P.)

457. PINARDI, M.: «Censura irrogata dal Tribunale quale giudice di primo grado. Inammissibilità di ricorso per Cassazione», NGCC, 1996, n.º 2, parte prima, págs. 229-235.

Comentario a Cass. 7-3-1995 n.º 2619 en materia de competencia para la imposición de sanciones disciplinarias. En especial, cómo se articula el procedimiento disciplinar a cargo de los notarios. (A.R.G.)

458. RAKOTOARISON: «Panorama général sur le système juridique malgache», GP, 1995, n.º 189-191, pág. 2.

Generalidades e historia. La situación constitucional y política en Madagascar. Situación jurídica general. Situación económica. (ARANDA/SIERRA)

459. RITTSTIEG, H.: «Beendigung des Aufenthaltes im Rechtsstaat», NJW, 1996, págs. 545-551.

Fin de la residencia en el Estado de Derecho.

El autor se ocupa de poner de manifiesto las relaciones entre los numerosos preceptos que regulan el fin de la residencia legal de los extranjeros en Alemania y el Derecho administrativo en general, así como los derechos fundamentales de los extranjeros de conformidad con la Constitución alemana y con las obligaciones internacionales que regulan el tema. (M.P.G.R.)

460. ROTH, H.: «Zivilprozessuale Rechtsbehelfe und effektiver Rechtsschutz», JZ, 1996, pp. 805-812.

Recursos en el proceso civil y tutela efectiva. El autor desarrolla parte de los temas tratados en la 61.ª sesión del *Deutscher Juristentag*, donde se debatió la posibilidad de adoptar medidas tendentes a la simplificación, unificación y limitación de los recursos procesales en aras a la mejor tutela judicial efectiva. (M.P.G.R.)

461. SANDROCK, O.: «Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland- Europa - und die Welt», JZ, 1996, págs. 1-9.

La internacionalización del Derecho privado nacional, la toma de un tiempo necesario para la eventual y futura elaboración de un código europeo que unifique el Derecho de obligaciones y los derechos reales y la dejación a la llamada *lex mercatoria* de la unificación o consolidación de un «Derecho privado universal», son las líneas que desarrolla el presente artículo. (M.P.G.R.)

462. SCHENKE, W. R.: «Verfassungsrechtliche Probleme einer öffentlich-rechtlichen Monopolisierung der ethischen Beratung bei klinischen Versuchen am Menschen», NJW, 1996, págs. 745-755.

Problemas constitucionales del monopolio público en el asesoramiento ético ante investigaciones clínicas sobre seres humanos.

El autor se plantea la contrariedad con la Constitución alemana de determinadas leyes de los *Länder* que obligan a un asesoramiento previo a los experimentos clínicos con seres humanos a cargo bien de las cámaras médicas del *Land*, bien de las comisiones éticas de las Universidades públicas. (M.P.G.R.)

463. SCHMITT GLAESER, W.: «Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebob», NJW, 1996, págs. 873-879.

Libertad de expresión, protección del honor y mandato de tolerancia. Se analizan las tortuosas relaciones entre la libertad de expresión y el derecho al honor desde la perspectiva del art. 5.II de la Constitución alemana, la doctrina dominante y la contraria. (M.P.G.R.)

464. TONNER, K.: «Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrecht», JZ, 1996, págs. 533-541.

Bajo el título del papel del Derecho del consumo en el desarrollo de un Derecho civil europeo, el autor trata al primero como un «Derecho especial» separado del Derecho (los Derechos) civiles nacionales, con influencia directa sobre éstos (sobre todo a través de la interpretación conforme al Derecho comunitario de sus términos) y sin necesidad de una codificación del mismo. (M.P.G.R.)

465. UHLE, A.: «Das Staatsziel, Umweltschutz und das Sozialstaatsprinzip im verfassungsrechtlichen Vergleich», JuS, págs. 96-103.

La modificación de la Constitución alemana por ley de 27 de octubre de 1994, introdujo una nuevo artículo 20 a GG imponiendo la protección del medio ambiente como uno de los objetivos del Estado. La ubicación del precepto al lado del artículo 20. I GG que consagra el principio del Estado social y, por otro lado, la opción por un precepto autónomo y no integrado en este último, da motivo al autor para valorar el verdadero alcance del nuevo precepto en relación con dicho principio del Estado social. (M.P.G.R.)

466. VETTORI, G. Y OTROS: «Rassegna di giurisprudenza sulla legittimità costituzionale di norme privatistiche», NLCC, 1996, n.º 2-3, págs. 485-546.

Reseña de jurisprudencia de la Corte Costituzionale, sobre la legitimidad constitucional de normas relativas a diferentes materias de Derecho Privado. (R.D.R.)

467. VRAY: «Étrangers», GP, 1996, n.º 136-137, págs. 27-28.

Notas a varias sentencias. (ARANDA/SIERRA)

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

468. BECHTOLD, R.: «Die Durchsetzung europäischen Kartellrechts durch die Zivilgerichte», ZHR, 160, 1996, págs. 660-672.

Sobre los problemas que encuentran los jueces nacionales en la aplicación del Derecho europeo sobre prácticas restrictivas de la competencia y explotación abusiva de una posición dominante en el mercado (arts. 85.1 y 86 del Tratado). (I.G.P.)

469. CASSINIS, P.: «Libertà di accesso alla rete e servizi in concorrenza nell'analisi del caso Telsystem», CI, 1995, n.º 3, págs. 1200-1231.

Artículo dedicado a la progresiva apertura del sector de las telecomunicaciones a la competencia y a las privatizaciones de los entes concesionarios de la gestión de los servicios en muchos países de la Unión Europea. (A.R.G.)

470. C.D.C.U.P: «Obligation de non-concurrence et concurrence déloyale», RDS, 1996, n.º 28, págs. 243-254

Notas a diversas sentencias sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

471. CORBOBESSE: «La lutte contre la contrefaçon», GP, 1996, n.º 164-165, págs. 21-22.

Medios adecuados. Producción de etiquetas de seguridad. Marcas ópticas variables. (ARANDA/SIERRA)

472. GRAMLICH, L.: «Rechtsschutzprobleme auf den Märkten für Postdienstleistungen», NJW, págs. 617-621.

Problemas de protección jurídica en el mercado de los servicios postales.

La liberación del mercado de telecomunicaciones a nivel comunitario y como consecuencia a nivel estatal plantea nuevos problemas jurídicos, tanto entre los nuevos participantes (empresas concurrentes) cuanto entre las empresas prestadoras de servicios y los clientes. A los primeros ya se ha enfrentado el BGH; ambos tipos de problemas son analizados en la presente contribución. (M.P.G.R)

473. HANGARD: «La lutte contre la contrefaçon», GP, 1996, n.º 164-165, págs. 24-25.

El plagio pone en peligro a numerosas economías en todo el mundo. Es preciso una conciencia general y disposiciones nacionales, regionales e internacionales para lograr una total erradicación. (ARANDA/SIERRA)

474. KÜPPER, G.: «Welchen Einfluß haben Haftung und Versicherung auf die Investitionstätigkeit der Unternehmen im Umweltbereich?», BB, 1996, págs. 541-544.

¿Qué influencia poseen la responsabilidad por daños al medio ambiente y su aseguración en la actividad inversora de las empresas? Una encuesta realizada en 1995 por el sector del metal en la RFA arroja determinadas conclusiones que el autor se encarga de analizar (M.P.G.R)

475. MACCIONI: «L'image de marque. Émergence d'un concept juridique?», SJ, 1996, n.º 21, págs. 205-214.

Sanción del atentado a la imagen de la marca sobre un fundamento delictual o cuasi delictual. Sanción del atentado a la imagen de la marca desde un fundamento contractual. Naturaleza jurídica de la imagen de marca. (ARANDA/SIERRA)

476. MONTEIRO: «Droits des marques et publicité comparative», GP, 1996, n.º 164-165, págs. 26-34.

El contenido de los proyectos comunitarios. Un proyecto reductor de los derechos de los propietarios de las marcas. (ARANDA/SIERRA)

477. PICOD: «Clause de non-concurrence et groupe de sociétés», RDS, 1996, n.º 23, págs. j. 325-326.

Nota a la sentencia de casación soc. de 22 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

478. SANTORO, L.: «Trust e fiducia», CI, 1995, n.º 3, págs. 976-1013.

Debate actual originado por la ley de 16 de octubre de 1989 n.º 364 dictada en ejecución de la Convención de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre trust. Desde aquella fecha el legislador italiano ha reconocido la operatividad en Italia del trust. (A.R.G.)

479. SPANNOWSKY, W.: «Öffentlich-rechtliche Bindungen für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen», ZHR, 160, 1996, págs. 560-592.

El autor destaca los problemas que se derivan de la creciente ola de privatizaciones que tiene lugar en la República Federal. Se observa que servicios antes confiados al Estado se asumen con cada vez mayor frecuencia por organizaciones empresariales de tipo mixto, con participación estatal y privada. Los límites y a la vez la necesidad de la intervención estatal son cuestiones de primordial importancia en este ámbito, a la vez que se plantea la ineludible observancia de las normas sobre competencia. (I.G.P.)

480. VERON: «L'abus de biens sociaux: évolution ou dérive?», GP, 1996, n.º 166-167, págs. 2-3.

Elementos constitutivos del abuso de bienes sociales. Represión del abuso de bienes sociales. (ARANDA/SIERRA)

481. ZORZI, N.: «La negoziazione del marchio al vaglio della Corte di Giustizia: il punto della situazione all'indomani dell'istituzione del marchio comunitario», CI, 1995, n.º 3, págs. 1177-1199.

Aproximación al problema. Cesiones y licencias de la marca comunitaria. La postura de la Corte de Justicia sobre la negociación de la marca. (A.R.G.)

2. DERECHO DE SOCIEDADES

482. ALTMIEPPEN, H.: «Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft für Delikte», NJW, 1996, págs. 1017-1026.

Responsabilidad del socio de una sociedad personalista a causa de los delitos cometidos por otro u otros socios. (M.P.G.R.)

483. BEUTHIEN, V.: «Haftung bei gesetzlichen Schuldverhältnissen einer Vorgesellschaft», BB, 1996, págs. 1337-1343.

Responsabilidad de la pre-sociedad por obligaciones legales. Se plantea el autor el tipo de responsabilidad (limitada o ilimitada) que sujeta a los socios de una sociedad de responsabilidad limitada que se comporta como tal antes de ser inscrita. (M.P.G.R.)

484. BISSARA: «Le point de vue du chef d'entreprise», GP, 1996, n.º 222-226, pág. 27.

Aporte de documentación sobre la percepción de este delito por el dirigente empresarial. (ARANDA/SIERRA)

485. BLANCHOT: «Juguer et punir: Quel avenir pour le délit d'abus de biens sociaux», GP, 1996, n.º 222-226, págs. 27-28.

Sobre la especificidad del delito. Sobre la disyuntiva de la calificación. El recrudescimiento de los delitos de abuso de bienes sociales. (ARANDA/SIERRA)

486. BONGIORNO, G.: «Il procedimento previsto dall'art. 2409 C.c.», RTDPC, 1995, n.º 2, págs. 515-556.

Análisis del procedimiento, previsto por el art. 2409 C.c., para denunciar graves irregularidades cometidas por los administradores y síndicos en el cumplimiento de sus funciones. (R.D.R.)

487. BOULOC: «L'abus de biens sociaux», GP, 1996, n.º 222-226, págs. 19-23.

Sobre el elemento material: Toda persona es susceptible de cometer una infracción; El acto debe ser abusivo y recaer sobre un bien social; El interés social. Sobre el elemento moral: De la lectura de textos; ¿No existe la posibilidad de invocar algunas causas de justificación? (ARANDA/SIERRA)

488. BUONOCORE, V.: «Legittimazione all'intervento, discussione e disciplina pattizia del funzionamento dell'assemblea della società per azioni: a proposito di una recente sentenza della Cassazione», CI, 1995, n.º 3, págs. 1041-1077.

A raíz de la reciente sentencia de Cass. 1 de julio de 1995 el autor retoma el problema relativo al derecho de discusión del accionista y al uso que el accionista puede hacer de este poder. (A.R.G.)

489. CENNI, D.: «I "versamenti fuori capitale" dei soci e la tutela dei creditori sociali», CI, 1995, n.º 3, págs. 1110-1176. (A.R.G.)

490. DAIGRE: «Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé», SJ, 1996, n.º 26, págs. 282-283.

Nota a la sentencia de apelación de Versailles (13.º ch.) de 20 de abril de 1995. (ARANDA/SIERRA)

491. DI SABATO, F.: «Le società», RTDPC, 1995, n.º 4, págs. 1471-1478.

Comentario a la sentencia Cass. n. 3498 de 1989, sobre la «società di persone», entendida como un centro diferente de intereses y de imputación de relaciones jurídicas, un sujeto titular de autónomas situaciones jurídicas respecto a cada socio en particular.

Análisis de la personalidad jurídica de este tipo de sociedad, otorgamiento de derechos reales inmobiliarios, liquidación de cuotas, etc. (R.D.R.)

492. FERRI, C.: «I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali», RTDPC, 1995, n.º 1, págs. 112-154.

Extenso comentario en torno a la disciplina del nuevo procedimiento cautelar y el derecho sustantivo societario, con especial consideración de los efectos de las medidas cautelares típicas en las deliberaciones asamblearias y poderes de los administradores. (R.D.R.)

493. FISCHER, M.: «Der Entscheidungsspielraum des Aufsichtsrats bei der Geltendmachung von Regreßansprüchen gegen Vorstandsmitglieder», BB, 1996, págs. 225-230.

El ámbito de actuación del consejo de administración en la interposición de acciones de regreso contra un miembro de la dirección. (M.P.G.R.)

494. GHESTIN: «La rétention dolosive d'informations privilégiées par un dirigeant lors d'une acquisition par lui d'actions non cotées», SJ, 1996, n.º 26, págs. 283-288.

Nota a la sentencia de casación comercial de 27 de febrero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

495. GIBIRILA: «Conditions d'attribution de dommages-intérêts à un directeur général pour révocation abusive», SJ, 1996, n.º 24, págs. 266-268.

Nota a la sentencia de casación comercial de 3 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

496. HOMMELHOFF, P./SCHMIDT-AßMANN, E.: «Die Deutsche Bahn AC als Wirtschaftsunternehmen», ZHR, 160, 1996, págs. 521-559.

A principios de 1994 se llevó a cabo en Alemania la fusión de las dos líneas estatales de ferrocarril y se pasó de una organización administrativa a una organización empresarial a través de la creación de una sociedad anónima de ferrocarriles: «Deutsche Bahn AG». Lo que se ha calificado como la mayor transformación del siglo en materia de ferrocarriles persigue alcanzar una serie de metas que los autores analizan a la vista del nuevo marco constitucional en esta materia. (I.G.P.)

497. IHRIG, H. C.: «Verschmelzung und Spaltung ohne Gewährung neuer Anteile?», ZHR, 160, 1996, págs. 317-342.

El autor estudia diversos problemas que suscitan la fusión y escisión de sociedades, a la vista de diversas hipótesis: aumento de capital de la sociedad beneficiaria y emisión de nuevas acciones o entrega de acciones propias o que se encuentran a su disposición en manos de terceros. Cuestiones que se plantean desde la perspectiva de la protección de los acreedores de la sociedad fusionada o escindida y de la sociedad beneficiaria de la fusión o escisión. (I.G.P.)

498. KAMDEM: «Réflexions sur le registre du commerce et les associations exerçant une activité économique», RDS, 1996, n.º 25, págs. ch. 213-218.

La particularidad de las asociaciones que ejercen una actividad económica. La necesidad de una evolución del registro de comercio. (ARANDA/SIERRA)

499. LAY: «La décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 1995 et la transmission des entreprises», RDS, 1996, n.º 23, págs. ch. 193-196.

El régimen actual de los derechos de transmisión de pequeñas y medianas empresas. Los problemas suscitados por el proyecto de reforma. (ARANDA/SIERRA)

500. LE GUNEHEC: «L'abus de biens sociaux», GP, 1996, n.º 222-226, págs. 14-18.

Recopilación de los principales puntos tratados en el coloquio celebrado el 13 de junio de 1996 y respuesta a los interrogantes planteados. (ARANDA/SIERRA)

501. MAFFEI ALBERTI, A./BOCCHINI, E./BIANCHI, L.A./OTROS: «Normativa su bilancio e bilancio consolidato», NLCC, 1996, n.º 2-3, págs. 201-484.

Extenso análisis de las modificaciones introducidas en la normativa sobre el balance, por el d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127 y sucesivos d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 516, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 526, l. 12 agosto 1993, n. 310, d.-l. 10 giugno 1994, n. 357,

conv. in l. 8 agosto 1994, n. 489, d.l. 29 giugno 1994, n. 416, conv. in l. 8 agosto 1994, n. 503, l. 6 febbraio 1996, n. 52.

El comentario se centra en el d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, y la disciplina comunitaria, con especial referencia a la sociedad controlada y la nueva *società collegate*. Estudio del balance en ejercicio y del balance consolidado: sus peculiaridades formales y sustantivas. (R.D.R.)

502. MASER, P./SOMMER, A.: «*Persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz der Gesellschaft*», BB, 1996, págs. 65-71.

Responsabilidad personal del administrador de la sociedad de responsabilidad limitada en los casos de concurso de la sociedad. (M.P.G.R.)

503. MAZOU: «*Le point de vue de l'avocat*», GP, 1996, n.º 222-226, págs. 28-30.

Sobre el derecho ante todo. La lesión de un interés social. La búsqueda de un interés personal. (ARANDA/SIERRA)

504. OUTIN-ADAM: «*Pour une réforme de l'abus de biens sociaux. Propositions de la CCI de Paris. Présentation du rapport "Saillard" du 21 décembre 1995*», SJ, 1996, n.º 14. (ARANDA/SIERRA)

505. PAILLUS-SEAU: «*Les operations de LBO peuvent constitué délits pénaux*», SJ, 1996, n.º 4, págs. 47-54.

Nota a la sentencia de cas.crim. de 10 de julio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

506. PEISSE: «*Contrat d'entreprise*», GP, 1996, n.º 136-137, págs. 19-20.

Notas a varias sentencias. (ARANDA/SIERRA)

507. PELTZER, M.: «*Empfehlen sich gesetzliche Regeln zur Einschränkung des Einflusses der Kreditinstitute auf Aktiengesellschaften?*», JZ, 1996, págs. 842-851.

Se plantea el autor la posibilidad de reducir o, al menos, reglamentar más estrictamente el poder de la banca en lo que afecta a su posición en las sociedades anónimas, como apoderada de una buena parte del derecho de voto de accionistas desinteresados en la marcha de la propia sociedad anónima. (M.P.G.R.)

508. PETERMANN, D.: «*Die Schiedsfähigkeit von Beschlüssen im Recht der GmbH*», BB, 1996, págs. 277-283.

Cada vez son más frecuentes las cláusulas que en las escrituras de constitución de las sociedades de responsabilidad limitada incluyen una referencia al arbitraje de cualquier tipo de controversia (entre la sociedad y sus miembros y entre los socios entre sí), para huir de la justicia ordinaria y solucionar de forma rápida, discreta y profesional los eventuales problemas. (M.P.G.R.)

509. PRIESTER, H. J.: «Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne natürlichen Komplementär», ZHR, 160, 1996, págs. 250-264.

SCHMIDT, K.: «Deregulierung des Aktienrechts durch Denaturierung der Kommanditgesellschaft auf Aktien?», ZHR, 160, 1996, págs. 265-287.

Ambos autores plantean desde distintas perspectivas y con diferente criterio la «vieja» y discutida cuestión sobre la posibilidad de que en una sociedad comanditaria por acciones el «socio complementario» (socio colectivo con responsabilidad ilimitada) no sea una persona física. (I.G.P.)

510. PRIESTER, H. J.: «Die kleine AG - ein neuer Star unter den Rechtsformen?», BB, 1996, págs. 333-338.

Desde finales del verano de 1994 la discusión sobre la opción por determinado modelo societario para una empresa está presidida por el tópico de «pequeña sociedad anónima». Las cámaras de comercio y los asesores financieros aconsejan dicha figura que gana terreno frente a las sociedades de responsabilidad limitada. El autor se muestra crítico al respecto. (M.P.G.R.)

511. REINHARD/BON-GARCIN: «Inapplication de l'action en responsabilité civil (Loi 24 juill et 1966, art. 52) aux gérants de fait», SJ, 1996, n.º 10-11, págs. 125-127.

Nota a la sentencia de casación comercial de 21 de marzo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

512. RESCIGNO, M.: «Osservazioni a Cass. 17 giugno 1995, n. 6865 e a Trib. Crema, 17 novembre 1994 in materia di circolazione di azioni di banche popolari», BBTC, 1996, n.º 3, parte seconda, págs. 274-276.

Comentario que aborda el actual tema en los tribunales italianos de la transferencia de las acciones de bancos populares y, más en particular, de la disciplina inherente a la denegación de la admisión del adquirente en la sociedad. (A.R.G.)

513. RIVOLTA, G. C. M.: «Clausole societarie e predisposizione successoria», RTDPC, 1995, n.º 4, págs. 1197-1226.

Análisis de las cláusulas societarias referentes al supuesto de muerte del socio y sus consecuencias, en relación con la prohibición del pacto sucesorio. Estudio de la legitimidad de dichas cláusulas, según el tipo de sociedad, interpretación y efectos en la relación entre los socios y los llamados a la sucesión del socio fallecido. (R.D.R.)

514. ROUGER: «Le point de vue du praticien de l'entreprise», GP, 1996, n.º 222-226, págs. 9-10.

La inseguridad jurídica y el empresario. La inseguridad jurídica y la empresa. Inseguridad institucional y economía. (ARANDA/SIERRA)

515. SACCHI, R.: «Il presidente dell'assemblea», RDC, 1996, n.º 3, parte prima, págs. 287-312.

Estudio de la figura del presidente de la asamblea societaria, en relación con la determinación de los límites de la autonomía estatutaria para la creación de nuevos órganos societarios de imputación de decisiones y la atribución de poderes decisorios. (R.D.R.)

516. SANTAMARIA, L.: «Società e simulazione, società e comunione di godimento», RTDPC, 1995, n.º 1, págs. 205-245.

Análisis del supuesto de simulación de sociedad: el problema de su reconocimiento y la eficacia de su actuación. (R.D.R.)

517. SCHIUMA, L.: «Le banche popolari e l'organizzazione "cooperativa" della società per azioni», RDC, 1996, n.º 3, parte seconda, págs. 325-354.

Algunas reflexiones sobre el empleo del esquema de la sociedad por acciones no sólo como mecanismo de privatización sino como resultado final. Evolución capitalista de la banca popular. (R.D.R.)

518. SCHÖN, W.: «Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht», ZHR, 160, 1996, págs. 221-249.

Según el autor, las ideas de armonización mínima, subsidiariedad y sistema de libre competencia, dominan desde hace años la discusión sobre el desarrollo de la armonización legislativa en la comunidad europea. En su estudio se analizan los problemas que plantea la armonización en el ámbito del Derecho de sociedades y las alternativas económicas a la integración. (I.G.P.)

519. SCHÖNER, M.: «Car-Sharing zwischen Vereins-und Steuerrecht», BB, 1996, págs. 438-442.

Car-Sharing: entre Derecho de sociedad y Derecho fiscal. El autor analiza los aspectos jurídicos de la progresiva utilización de vehículos a tiempo parcial por diversos miembros de una sociedad. (M.P.G.R.)

520. TONELLO, L.: «Il contratto di dominio nei gruppi di società: e se ne ritentissimo l'esame di meritevolezza», CI, 1995, n.º 3, págs. 1078-1109.

El contrato de dominio como instrumento de formación de grupos de sociedades en el derecho alemán actual. La reconducción del contrato de dominio a uno de los modelos de formación del grupo de sociedades previsto por el derecho societario italiano. Poder de dirección y de coordinación en la reciente disciplina de los grupos bancarios y crediticios. El interés social particular de las sociedades de grupo. (A.R.G.)

521. ULMER, P/SCHÁFER, C.: «Die Zugriffsmöglichkeiten der Nachlaß- und Privatgläubiger auf en durch Sondervererbung übergegangenen Anteil an einer Personengesellschaft», ZHR, 160, 1996, págs. 413-442.

La muerte de uno de los socios en una sociedad personalista plantea una serie de problemas de los que la ley se ocupa con normas de carácter dispositivo. En doctrina y jurisprudencia se admite que la sucesión en la cualidad de socio supone un supuesto especial o excepcional que se produce al margen de las normas generales de liquidación y partición de la herencia. Los autores exponen los problemas derivados de esta concepción, en particular el conflicto entre los acreedores hereditarios y los acreedores particulares del heredero al que corresponda continuar en la posición de socio, así como la doctrina y las decisiones jurisprudenciales al respecto. (I.G.P.)

522. VARAUT: «L'abus de biens sociaux», GP, 1996, n.º 222-226, págs. 34-37.

Necesidad de centrar la atención pública en las grandes infracciones y en las más graves. (ARANDA/SIERRA)

523. VIANDIER/CAUSSAIN: «Chronique d'actualité: Droit des sociétés», SJ, 1996, n.º 12. (ARANDA/SIERRA)

524. VIDIRI, G.: «Gli effetti della clausola statutaria di conferimento del potere rappresentanza "a firma congiunta" nota a Cass. 1 dicembre 1995 n. 12420», GC, 1996, n.º 5, págs. 1357-1359. (R.D.R.)

525. ZANOTO: «L'expérience d'un juge d'instruction sur quelques exemples d'abus de biens sociaux», GP, 1996, n.º 222-226, págs. 11-13.

Hay que constatar que nuestra cultura asimila mal la noción de conflicto de intereses y que muy probablemente es un conflicto de intereses el origen de los abusos de bienes sociales. Dificultad de compaginar los bienes sociales con los intereses personales. (ARANDA/SIERRA)

526. ZAPALSKI: «Le point de vue du journaliste», GP, 1996, n.º 222-226, págs. 30-33.

El punto de vista de los periodistas en los distintos medios de comunicación. (ARANDA/SIERRA)

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

527. BONNEAU: «Le banquier qui encaisse un chèque libelle à l'ordre de deux bénéficiaires dont les noms sont séparés par un tiret et qui en verse le montant sur le compte de l'un d'eux, sans s'assurer du consentement de l'autre, commet une faute», SJ, 1996, n.º 14.

Nota a la sentencia de casación com. de 3 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

528. MANN, R.: «Werbung auf CD-Rom- Produkten mit redaktionellem Inhalt», NJW, 1996, págs. 1241-1245.

Se analiza la eventual aplicación de la normativa sobre publicidad y reclamo en otros medios, a la nueva realidad de la publicidad en formato CD-ROM cuando los discos poseen un contenido redactado; todo ello a la luz de la protección que dispensa el art. 5 de la Constitución alemana. (M.P.G.R.)

529. PREIS, U./STOFFELS, M.: «Die Inhaltskontrolle der Verträge selbständiger und unselbständiger Handelsvertreter», ZHR, 160, 1996, págs. 442-492.

Los problemas que suscita la relación representativa y el control del contenido de los formularios que integran el contenido de las relaciones entre representante y representado son temas comunes al ámbito mercantil y al laboral, aunque el conocimiento y resolución de los conflictos corresponde a instancias distintas. Los autores destacan la diferencia de perspectiva y de sensibilidad que respecto al tema de control de condiciones generales existe en Derecho civil y en Derecho del trabajo, y ofrecen numerosos ejemplos del servicio que la doctrina civil del control de contenido puede prestar en las relaciones laborales. (I.G.P.)

530. SCHWARZE, J.: «Die Auswirkungen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht», *JZ*, 1996, págs. 57-64.

A la luz de la STJCE de 13 de enero de 1994, As. C-376/92, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Cartier SA* (valoración de un sistema de distribución selectiva al amparo del art. 85 del Tratado) el autor analiza las relaciones entre el Derecho comunitario y el alemán en el sector de la competencia. (M.P.G.R)

4. CONTRATOS MERCANTILES

531. ASTONE, A.: «Osservazioni a Conc. Firenze, 2 febbraio 1994, in tema di inesistenza di obbligazioni della banca trattaria nei confronti del prestatore e dei successivi giratari in dipendenza dell'emissione dell'assegno bancario», *BBTC*, 1996, n.º 3, parte seconda, págs. 366-368.

Nota a dicha sentencia sobre obligaciones del banco frente a los tenedores de un cheque bancario. (A.R.G.)

532. BAVETTA, G.: «La gestione provvisoria della banca», *BBTC*, 1996, n.º 3, parte prima, págs. 358-373.

Artículo que se inserta dentro del objetivo de la prevención de la crisis bancaria en los ordenamientos italiano y comunitario: Presupuestos de la gestión provisional de la banca. Autoridad competente para disponerla. Gestor provisional. Naturaleza y función de la gestión provisional. (A.R.G.)

533. BRIOLINI, F.: «Osservazioni a Trib. Milano 20 aprile 1995, in materia di applicabilità dell'art. 10 della legge sulla trasparenza bancaria ai rapporti di fideiussione in corso», *BBTC*, 1996, n.º 3, parte seconda, págs. 335-337. (A.R.G.)

534. CAPRIGLIONE, F.: «Privatizzazioni e mercato: le fondazioni bancarie», *BBTC*, 1996, n.º 3, parte prima, pág. 342.

La plena realización del programa comunitario exige algunas modificaciones en el ordenamiento crediticio italiano, de manera que se haga posible la patrimonialización de los bancos públicos. (A.R.G.)

535. DÖRNER, H./HOFFMANN, S.: «Der Abschluß von Versicherungsverträgen nach § 5 a VVG», *NJW*, 1996, págs. 153-160.

La adaptación de la legislación alemana a las directivas comunitarias en materia de seguros conduce al estudio de la celebración de los contratos de seguros en los supuestos en los que falta la información requerida al tomador del seguro. Las posibilidades de recibir esta información con posterioridad al momento de la (aparente o real) celebración y el período de reflexión durante el que el tomador puede apartarse del seguro plantean diversos problemas analizados en el presente estudio. (M.P.G.R.)

536. FOURGOUX: «Banques», *GP*, 1996, n.º 187-188, pág. 9.

Comentario a la sentencia de la Corte de apelación de Aix-en-Provence de 23 de febrero de 1996. Operaciones bancarias. Apertura de crédito. Renovación. (ARANDA/SIERRA)

537. FOURGOUX: «Référés», GP, 1996, n.º 187-188, pág. 9.

Comentario a la sentencia de la Corte de apelación de Aix-en-Provanze de 23 de febrero de 1996. Operaciones de banca. (ARANDA/SIERRA)

538. MANNA, A.: «L'abusivismo bancario e finanziario nel sistema penale», BBTC, 1996, n.º 3, parte prima, págs. 374-390.

Artículo dedicado a la disciplina penal de la actividad bancaria, en concreto, a la incriminación del abuso bancario y del ejercicio abusivo de la actividad financiera en la vigente y en la anterior regulación. (A.R.G.)

539. MARCHETTI, P/MERUSI, F/PROSPERETTI, L.: «Funzione, estensione, strumenti della sorveglianza sui sistemi di pagamento», BBTC, 1996, n.º 3, parte prima, págs. 289-319.

Artículo que aborda el amplio debate desarrollado a nivel nacional e internacional sobre el sistema de pagos. (A.R.G.)

540. PFEFFER, J.: «Vertragshändlerverträge in der Automobilbranche nach der neuen Gruppenfreistellungsverordnung», NJW, 1996, págs. 681-686.

El autor analiza las principales novedades introducidas en el sector por el Reglamento (CE) n.º 1475/95 de la Comisión de 28 de junio de 1995 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles. (DOCE, L, n.º 145, de 26 de junio de 1995). (M.P.G.R.)

541. REMEDY: «Le donneur d'aval est recevable à rechercher, par voie conventionnelle, la responsabilité de la banque bénéficiaire», SJ, 1996, n.º 37, págs. 342-345.

Nota a la sentencia de casación comercial de 25 de junio de 1996. (ARANDA/SIERRA)

542. RIVES-LANGE: «Escompte de chèque: le banquier escompteur, déchu de son recours cambialaire a droit au remboursement de l'avance consentie», RDS, 1996, n.º 23, págs. j. 320-322.

Nota a la sentencia de casación comercial de 30 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

543. ROMANI: «La responsabilité bancaire dans une hypothèse de virement et de l'absence d'incidence du jure eventuel des dates de valeur lorsque la disponibilité des fonds est acquise», RDS, 1996, n.º 27, págs. j. 383-384.

Nota a la sentencia de casación comercial de 27 de junio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

544. SCHWINTOWSKI, H. P.: «Die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages», JZ, 1996, págs. 702-710.

Sobre la naturaleza jurídica del contrato de seguro. (M.P.G.R.)

545. STOUFFLET: «Des difficultés résultant des cessions successives de la même créance», SJ, 1996, n.º 30-35, págs. 331-333.

Nota a la sentencia de casación comercial de 3 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

546. VEAUX: «Remorquage portuaire: la Cour de cassation affirme le caractère supplétif des dispositions de la loi du 3 janvier 1969», SJ, 1996, n.º 21, págs. 230-232.

Nota a la sentencia de casación com. de 3 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

547. VELLA, F.: «La nuova disciplina dell'attività bancaria internazionale», BBTC, 1996, n.º 3, parte prima, págs. 400-417.

Exigencia de una profunda revisión de los sistemas de vigilancia sobre los conjuntos financieros debido a la evolución de la actividad bancaria internacional y de los conocidos fenómenos de globalización de los mercados financieros. (A.R.G.)

548. VOLPE PUTZOLU, G.: «I fondi pensione aperti», BBTC, 1996, parte prima, págs. 320-341.

Artículo dedicado a diversas cuestiones sobre los fondos abiertos (distinción entre el fondo abierto y el fondo no abierto, modalidades de constitución, gestión y destinatarios). (A.R.G.)

5. DERECHO CAMBIARIO

549. CIACCIA, A.: «Problemi fiscali dell'assegno post-datato», BBTC, 1996, n.º 3, parte prima, págs. 391-399.

Artículo dedicado a la nueva disciplina sancionadora del cheque bancario, normativa motivada por el hecho de que la razón de la emisión del cheque post-datado es la elusión de la aplicación del impuesto que grava los títulos-valores. (A.R.G.)

550. COSTANZA, M.: «Responsabilità della banca nel pagamento di assegni non trasferibili -nota a Cass. 20 dicembre 1995 n. 13013», GC, 1996, n.º 6, págs. 1700-1702. (R.D.R.)

6. DERECHO CONCURSAL

551. BAZIN: «Redressement judiciaire du débiteur principal: inefficacité de la clause de déchéance du terme à l'égard de la caution», RDS, 1996, n.º 30, págs. j. 426-429.

Nota a la sentencia de casación comercial de 20 de junio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

552. BLOCH: «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de procédure collective», GP, 1996, n.º 166-167, págs. 7-14.

La sanción de la falta de gestión de los dirigentes. La reparación del perjuicio colectivo y las acciones para pedirlo. (ARANDA/SIERRA)

553. BONSIGNORI, A.: «Le procedure concorsuali», RTDPC, 1995, n.º 1, págs. 357-363.

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional de 19 de marzo de 1993, n.º 100, sobre procedimiento de quiebra. (R.D.R.)

554. BONSIGNORI, A.: «Le procedure concorsuali», RTDPC, 1996, n.º 2, págs. 691-703.

Estudio jurisprudencial sobre las diversas fases y problemas que se plantean en el procedimiento concursal: cuestiones de competencia, efectos de la quiebra, liquidación, etc. (R.D.R.)

555. CABRILLAC/PÉTEL: «Chroniqué d'actualité: Redressement et liquidation judiciaires des entreprises», SJ, 1996, n.º 1, págs. 13-20.

La apertura del procedimiento. Las soluciones. El patrimonio de la empresa. Los acreedores. Las sanciones. (ARANDA/SIERRA)

556. DERRIDÁ: «Redressement et liquidation judiciaires: application dans le temps de la loi du 10 juin 1994 à propos de la situation des cautions», RDS, 1996, n.º 27, págs. j. 387-390.

Nota a la sentencia del Tribunal comercial Menton de 4 de abril de 1996. (ARANDA/SIERRA)

557. JAMIN/BILLIAU: «La caution ne garantit que les loyers échus avant la cession du contrat de credit-bail effectuée en application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985», SJ, 1996, n.º 19, págs. 206-208.

Nota a la sentencia de casación comercial de 21 de noviembre de 1995. (ARANDA/SIERRA)

558. LO CASCIO, G.: «Sull'abuso della personalità giuridica qualcosa si muove: recenti profili interpretativi nella giurisprudenza di merito -nota a Trib. Messina 15 febbraio 1996», GC, 1996, n.º 6, págs. 1809-1815. (R.D.R.)

559. LO CASCIO, G.: «Ulteriori risvolti interpretativi del concordato preventivo di società di persone -nota a Cass. 29 novembre 1995 n.º 12405», GC, 1996, n.º 5, págs. 1362-1366. (R.D.R.)

560. MAINGUY: «Conditions de mise en jeu d'une clause de réserve de propriété», SJ, 1996, n.º 6, págs. 74-76.

Nota a la sentencia de casación comercial de 11 de julio de 1995. (ARANDA/SIERRA)

561. NIESERT, B.: «BGH führt für Konkursanfechtung den Begriff der "objektiven Kenntnis" ein», *BB*, 1996, págs. 805-808.

El BGH introduce el concepto de «conocimiento objetivo» en la impugnación concursal. El autor critica una de las últimas sentencias del BGH, poniendo de manifiesto que ni siquiera encuentra apoyos en la nueva legislación concursal alemana. (M.P.G.R.)

562. PÉTEL: «Chronique d'actualité: Redressement et liquidation judiciaires des entreprises», *SJ*, 1996, n.º 21, págs. 215-222.

La apertura del proceso. Las soluciones. El patrimonio de la empresa. Los acreedores. (ARANDA/SIERRA)

563. PRÉVAULT: «Compétence du liquidateur pour colloquer les créances inscrites si le jugement d'adjudication n'a pas été publié avant l'ouverture d'une procédure collective», *RDS*, 1996, n.º 30, págs. j. 425-426.

Nota a la sentencia de casación comercial de 23 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

564. RÉMERY: «Vérification des créances: la lettre du représentant des créanciers doit préciser l'objet de la contestation de la créance», *SJ*, 1996, n.º 24, págs. 265-266.

Nota a la sentencia de casación comercial de 14 de mayo de 1996. (ARANDA/SIERRA)

565. SARGOS: «Un mandataire liquidateur ne peut être déchargé du paiement de la cotisation à la Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs au motif qu'aucun dossier ne lui a été confié par les juridictions consulaires», *SJ*, 1996, n.º 13.

Nota a la sentencia de casación (1.ª civ.) de 30 de enero de 1996. (ARANDA/SIERRA)

566. ZOTIADES: «La responsabilité des dirigeants de société en droit anglais dans le cadre des procédures collectives», *GP*, 1996, n.º 166-167, págs. 15-18.

Presentación general de textos ingleses. Comparación del art. 180 de la ley de 1985 en Francia y los textos ingleses. (ARANDA/SIERRA)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Archiv. Giur.	Archivo Giuridico
BB	Betriebs Berater
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di credito
CI	Contratto e Impresa
DFP	Il Diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.	Il Diritto di autore
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
JZ	Juristen Zeitung
LC	Loyer et Copropriété
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le nuove Leggi Civile Commentate
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI _m .	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RTDC	Revue Trimestrelle de Droit Civil
RTDC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrechts und Wirtschaftsrecht.

Estudios Jurisprudenciales

La jurisprudencia en torno a la liquidación de mejoras útiles en los supuestos de resolución contractual

M.^a DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO

Profesora Titular interina de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Observaciones generales. II. Noción general de mejora útil: concepto y caracteres. II.1. Distinción entre gasto y mejora. II.2. Concepto y caracteres. III. Determinación de la normativa aplicable a la liquidación de mejoras en los supuestos de resolución. III.1. Efectos de las reglas posesorias de los arts. 453 y siguientes del Código civil. III.2. Aplicación del régimen liquidatorio de las obligaciones condicionales. III.2.a) Ubicación sistemática. III.2.b) Efectos resolutorios. III.2.c) Identidad de razón de ambas normativas. IV. Conclusión.

I. OBSERVACIONES GENERALES

Uno de los temas fundamentales que se plantean en las sentencias del Tribunal Supremo que declaran la resolución contractual, y los consiguientes efectos restitutorios, es el relativo a la normativa aplicable a la liquidación del estado posesorio que provocan estos supuestos de resolución.

En este sentido, el art. 1124 CC concede la facultad de resolver las obligaciones en caso de incumplimiento por alguna de las partes, otorgando dicha facultad al perjudicado si no prefiere exigir el cumplimiento, pero no hace ninguna referencia a las reglas que deben regir la liquidación de la posesión, y tampoco, obviamente, al régimen jurídico aplicable a las mejoras realizadas por el contratante incumplidor en el bien que debe restituir.

Y es una cuestión importante, ya que de las reglas que el Tribunal decida aplicar y de la interpretación que de ellas realice, dependerá el derecho o no del mejorante a conservar la mejora efectuada, a percibir una indemnización, o a ser resarcido de cualquier otra forma por la pérdida del resultado mejoraticio.

Esta situación es, pues, la cuestión principal de la que se va a ocupar el presente estudio, en síntesis, la determinación jurisprudencial del régimen jurídico aplicable a las mejoras, en concreto las calificadas como útiles, en los casos de liquidación del estado posesorio a causa de resolución contractual.

Pero también, y previo a esta cuestión, surge otro elemento que necesariamente debe ser objeto de reflexión para un correcto entendimiento de las normas liquidatorias, como es la calificación o inclusión de las mejoras dentro de la categoría de mejora útil, para diferenciarlas de los gastos necesarios y de las mejoras de lujo u ornato.

II. NOCIÓN GENERAL DE MEJORA ÚTIL: CONCEPTO Y CARACTERES

Como se acaba de mencionar, una de las cuestiones que debe ser analizada de forma previa, es la inclusión de las obras efectuadas en la finca dentro de la categoría de mejora útil.

Para ello, resulta imprescindible partir del concepto, caracteres y requisitos, que la doctrina y jurisprudencia consideran necesarios para calificar como útiles a las mejoras.

II.1. Distinción entre gasto y mejora

En primer lugar, es de señalar la referencia tácita que aparece en algunas sentencias (1) acerca de la estructura o elementos que componen la figura de la mejora, es decir, la diferenciación entre gasto y mejora.

(1) Vid. STS de 15 de febrero de 1991, entre otras.

En nuestra legislación, tanto en los arts. 453 y ss. como en las normativas específicas de algunos supuestos de liquidación posesoria, se observa un uso indistinto de los términos —gasto— y —mejora—, aunque en realidad no tienen el mismo significado jurídico (2).

Por ello, es conveniente advertir que el gasto ha de entenderse como inversión o actividad ejercida sobre la cosa (3), o como afirma, entre otros autores (4), Bonet Correa (5), «detracciones patrimoniales no sólo integradas por pagos pecuniarios, sino también por actos y servicios de prestaciones personales (de custodia, mantenimiento, laboreo, etc.), cuando se trata de bienes inmuebles, o, incluso de prestaciones reales por la entrega de cosas y bienes...».

Sin embargo, la mejora se define, precisamente, como el resultado derivado de la actividad humana, mediante la realización de un gasto pecuniario o el desarrollo de una prestación de trabajo personal, o de circunstancias extrañas a la misma, que provoca un incremento de valor de la cosa a que se incorpora o un aumento permanente de su utilidad o rendimiento productivo (6).

Esta diferencia entre gasto y mejora sí parece haberla recogido la jurisprudencia, afirmando, en alguna ocasión, que «el comprador había hecho gastos que la sentencia impugnada reputa, con toda razón, obras y mejoras útiles...» (7).

De esta forma, no sólo reconoce que dichos gastos han producido una mejora en el bien, sino que califica a dicha mejora como útil.

(2) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, T. IV, Madrid, 1951, p. 292.

(3) MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. T. VI, art. 453, EDERSA, Madrid, 1993, pp. 378-379. Obra puesta al día por COCA PAYERAS y otros; GENTILE, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958, p. 32.

(4) DORAL Y SILLERO, «Análisis económico y jurídico del régimen de la liquidación en el Código civil». *Estudios de Derecho civil en Homenaje al prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño*. Univ. de Salamanca, 1984, p. 161; HEDEMANN, *Derechos reales*, vol. II, Madrid, 1955, p. 249; HERNÁNDEZ GIL, *La Posesión*, Madrid, 1980, p. 397; IRURZUN GOICOA, «Las mejoras necesarias, útiles y de recreo», *Rev. Derecho español y americano*, Madrid, 1959, pp 727-728; MIRABELLI, «Miglioramenti e addizioni», *Novissimo Digesto italiano*, vol. X, 1957, p. 669; MOSCATI, «Spese (Diritto civile)», *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVII, 1957, pp. 1113-1114; RICCA BARBERIS, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento*, Torino, 1914, pp. 1-2.

(5) BONET CORREA, «El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias», *ADC*, 1978, pp. 453-455.

(6) *Vid.* en este sentido, DORAL Y SILLERO, *Ob. cit.*, pp. 57-58; GENTILE, *Ob. cit.*, pp. 33 y ss.; LUNA SERRANO, «Las mejoras fundiarias rústicas», *Rev. Temis*, núm. 18, 1965, p. 63; MIRABELLI, *Ob. cit.*, p. 669; MORENO QUESADA, R., *La mejora de los bienes. Supuestos legales y teoría general*, Madrid, 1990, p. 169; VATTIER FUENZALIDA, «Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico» *ADC*, 1984, pp. 64-65.

(7) STS de de 15 de febrero de 1991.

II.2. Concepto y caracteres

Los tribunales suelen reafirmar la decisión del juzgador de incluir en la categoría de mejoras útiles las obras realizadas (8). En algunos razonamientos, las citan sin fundamentar su fallo facilitando un concepto, o haciendo una referencia amplia de las características que deben contener dichas obras para ser consideradas útiles. Tan sólo se afirma, como en la **STS de 24 de febrero de 1988**, que «a estas obras cabe la calificación de mejoras útiles en cuanto posibilitan una determinada utilidad del objeto en el mercado»; o como en la **STS de 15 de febrero de 1991**, que dichas obras son mejoras útiles porque «unos rellenos del terreno y consiguiente nivelación del mismo y la construcción en la finca de una amplia nave no dejan de ser obras de utilidad incorporadas al inmueble».

En general, se califican como útiles mencionando que son «obras de utilidad».

No parece ser éste un argumento muy esclarecedor, que muestre las características o función que ha de desempeñar una mejora para ser incluida dentro de las útiles.

No obstante, las pautas o elementos fundamentales que deben contener las mejoras para ser calificadas como útiles, se muestran ya en los textos jurídicos históricos, conectadas con el criterio de la función económica que cumplen en la cosa (9): la utilidad. Y es precisamente esta función económica la que permite diferenciar cuándo se considera o no útil una mejora. Así lo entendió la doctrina (10), y se sigue defendiendo por autores más recientes.

Algunos, comienzan refiriéndose a ella de forma genérica, entendiendo la utilidad como incremento de valor de la cosa (11).

(8) *Vid.*, entre otras, (SS TS de 7 de julio de 1911, 26 de marzo de 1927, 5 de junio de 1946, 8 de marzo de 1955, 21 de mayo de 1957, 16 de enero de 1973, 10 de marzo de 1980). Y más recientes, (SS TS de 28 de febrero de 1991, 9 de septiembre de 1991, 10 de diciembre de 1991, 13 de octubre de 1995).

(9) Digesto 50. 16 79.1 (Paulo) y 25, 1, 5.3 y 6 (Ulpiano y Paulo, respect.); Partida 3.ª, 28, 44 y 7.ª, 33, 10.

(10) DEMOLOMBE, *Traité de la Distinction des biens, de la propriété...* T. I, París, 1870, p. 618; MANRESA, *Ob. cit.*, pp. 296-298; SCAEVOLA, *Código civil, T. VIII, art. 453*, Madrid, 1948, p. 457.

(11) DE CUPIS, «L'istituto giuridico dei miglioramenti», *Riv. Trimestrale di Diritto e procedura civile*, II, 1983, p. 889; ENNECERUS, KIPP Y WOLFF, *Tratado de Derecho civil III, vol. I*, Barcelona, 1971, p. 594; HEDEMANN, *Ob. cit.*, p. 250; GENTILE, *Ob. cit.*, p. 34; HERNÁNDEZ GIL, *Ob. cit.*, pp. 376 y 396; MARTÍN PÉREZ, *Ob. cit.*, p. 396; MIRABELL, *Ob. cit.*, p. 669; MONTEL, *Il possesso di buona fede*, Padova, 1935, p. 245; MOSCATI, *Ob. cit.*, p. 1113; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 89; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil, T. III, vol. II*, Barcelona, 1982, p. 115; RIPLEY Y BOULANGER, *Traité du Droit Civil. D'Après le Traité de Planiol*, T. VI, 1963-1965, p. 146; WESTERMANN, *Sachenrecht*, 1969, § 33, II, 2, p. 161.

Pero enseguida se observa la necesidad de profundizar mucho más, para establecer una clara delimitación con las mejoras de puro lujo o recreo, porque ello resulta, en ocasiones, bastante complejo (12). De este modo, entienden el carácter de utilidad desde una perspectiva objetiva (13), y las definiciones van precisándose (14) hasta llegar a la aportada por Miquel González, a nuestro juicio, concisa, pero clara y completa.

A su juicio, «los gastos útiles deben caracterizarse por aumentar la rentabilidad o productividad de la cosa, y por ello aumentan su valor desde el punto de vista de la función económica a que está destinada. También lo son los que aumenten su valor en venta si la cosa estaba destinada a ser vendida, aunque no aumenten su productividad» (15).

Y añade que esta línea es la que parece adoptar actualmente el legislador, en el art. 57.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, al entender la mejora como «obras incorporadas a la finca arrendada que aumenten de modo duradero su producción, rentabilidad o valor agrario».

Utilidad y permanencia son, pues, los caracteres que, entendidos de este modo, permiten diferenciar la mejora útil. Caracteres que sí se observan en otras decisiones jurisprudenciales cuando se refieren a su concepto o requisitos (16), y por lo que se considera acertado calificar como

(12) Así lo advertía LACRUZ, *Elementos de Derecho civil III*, Barcelona, 1988, p. 116.

(13) *Vid.* al respecto: CARROZZA, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, vol. I, Firenze, 1965, p. 175; ENNECERUS, KIPP Y WOLFF, *Ob. cit.*, p. 594; GENTILE, *Ob. cit.*, p. 34; HERNÁNDEZ GIL, *Ob. cit.*, p. 396; MARTÍN PÉREZ, *Ob. cit.*, pp. 393, 396 y 397; MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario del código civil, T.I, art. 453*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1220, para quien, la naturaleza de la mejora no debe enjuiciarse desde el punto de vista subjetivo, esto es, desde el interés del vencedor en la posesión. Sus condiciones personales no importan. El poseedor de buena fe puede variar el destino económico de la cosa y desde esta perspectiva debe enjuiciarse la función económica de la misma.; MONTEL, *Ob. cit.*, p. 245; STAUDINGERS-GURSKKY *Kommentar BGB...* 12 Auflage, Drittes buch, Sachenrecht, §§ 985-1003, Berlín, 1980, pp. 248-250.

(14) CARROZZA, *Ob. cit.*, pp. 167-184; DELGADO ECHEVERRÍA, «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», *ADC*, 1975, p. 632; FRANCO AVELLANAL, *Las obras de reparación y mejora en la L.A.U.*, Granada, 1990, pp. 184-185; GARCÍA ROYO, *Tratado de arrendamientos urbanos*, T. I, Madrid, 1947, 182; IRURZUN GOICOA, *Ob. cit.*, p. 729; MORENO QUESADA, R., *Ob. cit.*, p. 287.

Autores que insisten en la necesidad de aumentar el beneficio o potencial útil y productivo, con el correlativo aumento de valor del capital, del inmueble sobre el que recae la mejora, para que ésta sea calificada como útil.

(15) MIQUEL GONZÁLEZ, *Ob. cit.*, p. 1220.

(16) Así, entre otras: STS de 7 de julio de 1911: «Sólo merecen el concepto de útiles las obras cuyo importe manda abonar y que todas las demás no tienen el carácter de permanencia»; STS de 5 de junio de 1946: «La edificación realizada para el albergue de personal agricultor y ganados por haberse impedido el uso de la casa principal, constituye mejora de utilidad, ya que aun resultando lo edificado ya innecesario, siempre podrá ser conveniente y aprovechable en finca de la extensión de la que se trata para los fines de su explotación completa...»; STS de 5 de diciembre de 1959: «... redunden en provecho o interés

mejoras útiles a aquellas que benefician al bien en relación a la función económica a que esté destinado.

III. DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE A LA LIQUIDACIÓN DEL ESTADO POSESORIO EN LOS SUPUESTOS DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

III.1. Efectos de las reglas posesorias de los arts. 453 y ss. CC

Como ya se anticipaba en líneas anteriores, el art. 1124 CC no especifica las reglas que deben regir la liquidación posesoria derivada de la resolución. Por ello, en un primer momento, y ante la aparente ausencia de normativa específica, parece que las normas aplicables a los casos de resolución contractual, para regir la liquidación posesoria que provoca el efecto restitutorio, deben ser las ubicadas en sede de posesión, es decir, los arts. 453 y ss. del Código.

Así lo entendió la **STS de 15 de febrero de 1991**, en la que, tras calificar las obras realizadas por la parte incumplidora como mejoras útiles, se concede al demandante el importe de los gastos, aplicando el art. 453 CC (17).

A su juicio, estas mejoras deben ser «resarcibles, ya que de quedar en beneficio del propietario actual se produciría una evidente infracción del principio que veda el enriquecimiento injusto».

Reafirma, de este modo, la línea seguida por la anterior **STS de 30 de noviembre de 1990** (18), en la que el Tribunal consideraba que «sobre la base ya de la resolución del contrato litigioso, operada, como se acaba de decir, por aplicación del art. 1124 del Código (...), forzoso es considerar la causa de fondo que produjo el incumplimiento contractual del comprador, que determina, como consecuencia lógica y natural de la buena fe que ha de presidir las relaciones obligacionales y contractuales, la necesidad de que mentado comprador debe ser re-

de la cosa vendida...»; **STS de 9 de septiembre de 1991**: «... para que dicha indemnización proceda, será necesario que el carácter de mejora útil, para el mayor valor de la finca o para su mejor explotación, persista al extinguirse el arrendamiento...»; **STS de 10 de diciembre de 1991**: «El carácter de la utilidad que representa para la finca retraída, se deduce del informe pericial que obra en autos, y se corresponde con la edificación de una casa, la excavación y explotación de un pozo, la construcción de una balsa para el almacenamiento del agua del pozo, etc.; obras que evidencian su condición de mejoras útiles...»; **STS de 13 de octubre de 1995**: «... se describen los hechos y los califica después de gastos útiles o de mejora, ..., realizaciones que incrementan el valor intrínseco del inmueble mejorando su utilización».

(17) Aplicación, por otro lado, no del todo correcta, puesto que no otorgó al vendedor demandado la posibilidad, que concede el art. 453, de abonar el aumento de valor que por las mejoras hubiese adquirido el bien, es decir, la diferencia entre el valor que tendría la cosa sin la mejora y el que tiene por ella.

(18) Y ya observada en la **STS de 7 de julio de 1911**.

sarcido de los gastos que tuvo que efectuar (...). El resarcimiento que debe concederse al actor, viene impuesto por un elemental principio de justicia estricta que, a nivel del ordenamiento jurídico, se reconoce en los arts. 7.1 y 2, 1105, 1184 y 1258 del Código civil, que se inspiran en las exigencias de la buena fe que han de presidir las relaciones humanas en su proyección a la vida jurídica, y lo contrario, supondría, indudablemente, incurrir en un abuso del derecho y propiciar un enriquecimiento injusto (...), pero es que además, el resarcimiento encuentra fundamento en el art. 453 del Código, al resultar innegable que al Sr. S. correspondía y tuvo la posesión de la finca en tanto se realizó la demolición hasta la fecha en que quedó resuelto el contrato».

III.2. Aplicación del régimen liquidatorio de las obligaciones condicionales

Aunque, como se ha observado en el apartado anterior, algunas decisiones jurisprudenciales basan su decisión en las reglas contenidas en los arts. 453 y ss., existen razones para argumentar en contra de esta solución, y a favor de la aplicación de los arts. 1123 y 1122, que remiten en tema de gastos y mejoras al 487 y 488 CC, equiparando al mejorante con el usufructuario, en sus derechos sobre las mejoras.

El art. 1123, relativo al cumplimiento de condiciones resolutorias, remite, para la regulación de mejoras, al art. 1122, que trata de la liquidación posesoria en supuestos de condiciones suspensivas, remitiendo a su vez y definitivamente a los citados arts. 487 y 488, que sólo atribuyen al restituyente, no un derecho de indemnización, sino la posibilidad de retirar las mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes, y compensarlas con los desperfectos producidos en dichos bienes.

Y ésta es la solución que, por diferentes motivos, debe ser aplicada en estos supuestos.

III.2.a) *Ubicación sistemática.*

Aún teniendo en cuenta que la facultad resolutoria por incumplimiento no es una verdadera condición (19), el legislador la

(19) *Vid.* SS TS de 5 de julio de 1941, 14 de noviembre de 1962, 16 de noviembre de 1992; e igualmente: ÁLVAREZ VIGARAY, *Comentario del Código civil*, T. II, art. 1124, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 96; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial I*, Madrid, 1983, p. 858 y II, Madrid, 1993, pp. 701-702; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil II*, Madrid, 1986, p. 332 y 1990, p. 270; DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981, p. 154; MARTÍNEZ SANCHEZ, «El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria», *ADC*, 1989, p. 116; RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Madrid, 1986, pp. 127 y ss.;

trata sistemáticamente en sede de condiciones (20), y ello es razón de suficiente peso para entender que quiso, con ello, que se aplicara la normativa de éstas a los efectos de la resolución por incumplimiento.

Este argumento referente a la ubicación sistemática ha inducido a gran parte de la doctrina y jurisprudencia, a pensar en la aplicación del régimen de las obligaciones condicionales y negar la normativa posesoria a este supuesto resolutorio (21).

SANTOS BRIZ, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, IV, art. 1124, Madrid, 1991, pp. 162-164; TRAVIESAS, «Obligaciones recíprocas», *RDP*, Madrid, 1929, pp. 320 y ss.

Aunque sí la califican como condición impropia: PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Notas al Derecho de Obligaciones de ENNECERUS-LEHMANN*, T. II, 1, del *Tratado de Derecho civil*, Barcelona, 1954, pp. 199-200; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1992, p. 148; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, II, Madrid, 1959, p. 56; MANRESA, *Comentarios...*, cit., VIII, 1, art. 1124, Madrid, 1967, pp. 407-408.

(20) Aunque algunos autores consideran que la ubicación del art. 1124 en la sección de obligaciones condicionales fue un error del legislador: SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, art. 1124, Madrid, 1902, p. 675; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, 1987, pp. 176 y 191; PANTALEÓN, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, 1989, p. 1153.

(21) DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario a la sentencia de 17 de junio de 1986», *CCJC*, 11, 1986, pp. 3784-3785; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., Madrid, 1993, p. 723; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema...*, II, cit., Madrid, 1990, pp. 270-271.

En este sentido: STS de 10 de marzo de 1950: «Esta retroacción, en virtud de la cual se ha de volver a un estado jurídico preexistente, no puede entenderse de modo que deje en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, lo que equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto, sino que precisamente el retorno al estado anterior al vínculo contractual deshecho por modo resolutorio no quedaría logrado sin su consecuencia natural y lógica del reintegro a cada contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, según se halla previsto expresamente para los casos de rescisión y de nulidad en los artículos 1295, 1303, 1307 y 1308 del Código civil, y por el 1123 del mismo Código con referencia a las obligaciones con condición resolutoria, como lo es la contenida tácitamente en las recíprocas»; STS de 28 de junio de 1977: En relación con un contrato para la explotación comercial de agua mineral, expone: «En primer lugar, relativo a los efectos de la resolución contractual operada por aplicación de la norma del artículo 1124 del Código civil (...) la referida resolución lleva como consecuencia la retroacción total de sus efectos al momento mismo del nacimiento del contrato, (...) cuando las obligaciones que del mismo nacen son de hacer o no hacer cual sucede en el contrato contemplado (...) de concesión de un manantial de agua mineral y sus instalaciones a cambio del pago de un canon (...), a tenor de lo que se dice en el último párrafo del artículo 1123 del Código civil, hay que estar a lo dispuesto en el párrafo segundo del 1120 del propio Cuerpo legal, según el que “los Tribunales determinarán, en cada caso el efecto retroactivo de la condición cumplida”»; STS de 7 de julio de 1982: Sobre resolución de contrato de arrendamiento de obra con suministro de materiales, afirma: «siendo lo cierto que la pretendida resolución arrastraría la extinción de las relaciones contractuales no sólo para el futuro, sino con efectos retroactivos y buscando una *in integrum restituito*, reproduciendo en lo posible la situación anterior al contrato, con la consecuencia de haber de reintegrarse cada contratante de las prestaciones efectuadas por el contrato, al igual que en los casos de rescisión por lesión (artículo 1295), de anulabilidad (1303) e incluso de condición resolutoria expresa, como el que contempló la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 1962 con aplicación del artículo 1123, de tal suerte que la liquidación habría de hacerse aplicando para regular la mutua restitución las reglas del artículo 1122, siempre del Código civil»; STS de 6 de febrero de 1984: «(...) el referente al alcance de la devolución del objeto que en su día se vendió, como consecuencia de la resolución del contrato, se relaciona con lo decidido por la sentencia recurrida, en el sentido de que, por tratarse de la resolución de un contrato de compraventa, sus efectos se retrotraen al momento en que el contrato se celebró, con la consiguiente devolución de la cosa en el estado anterior, siendo de aplicar, porque de resolución se trata la normativa relativa a lo único que aquí puede entrar en juego, es decir a las “mejoras” que, según el artículo

III.2.b) Efectos resolutorios.

La consecuencia práctica del ejercicio del derecho de resolución y el cumplimiento de la condición resolutoria es la misma, la resolución

1123 habrá de ser la contenida en el número 6 del 1122, a cuyo tenor el comprador sólo tiene el derecho que el 487 concede al usufructuario, que es el de retirarlas si ello es posible»; STS de 17 de junio de 1986: Respecto a los efectos de resolución de contrato de compraventa, declara: «Es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc*, sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 del Código civil al que expresamente se remite el artículo 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1123 (...).

(...) como consecuencia de dicha resolución y por imperativo del artículo 1295 del Código civil, concordante en este particular con lo establecido en el artículo 1303 para el supuesto de nulidad, y en el artículo 1123 para la hipótesis de condición resolutoria expresa, las partes deben reintegrarse las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses (...).

(...) mejoras que aun en caso afirmativo, sólo darían derecho al comprador a retirarlas, si pudiera hacerlo sin detrimento de los bienes, pero en ningún caso a indemnización, según disponen los artículos 1123, en relación con los artículos 1122 y 487, todos ellos del Código civil»; STS de 24 de febrero de 1988: «Se produce una situación de incumplimiento, por parte del comprador, de su obligación esencial de pago, lo que da paso a la aplicación del artículo 1504 del Código civil que, según reiterada jurisprudencia (SS TS de 4 de octubre de 1986 —R 5237—; 30 de octubre de 1986 —R 6065—; 26 de enero de 1987 —R 355—; entre otras), no contradice, sino que complementa, lo dispuesto en el artículo 1124, cuyos efectos resolutorios específicos enlaza también la jurisprudencia, con los de la resolución que se produce por incumplimiento de una condición resolutoria (SS TS de 21 de noviembre de 1963 —R 4638—; 17 de enero de 1986 —R 104—; 17 de junio de 1986 —R 3554—; 21 de abril de 1987 —R 2719—; entre otras), aunque el artículo 1124, no contenga una condición, en su sentido estricto, sino una facultad legal, también llamada “condición resolutoria tácita”, porque, en definitiva, su efecto es el mismo, la resolución del contrato que permite aplicar los artículos 1122.6 y 1123.2 del Código civil, en virtud de los cuales al deudor incumplidor no corresponden, sobre las mejoras realizadas a sus expensas, sino los derechos que corresponden al usufructuario que, según el artículo 487 del propio Código, son los de retirar las mejoras, si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes, no el de ser indemnizado con su importe, ya que no es de aplicación al caso el artículo 361 que se refiere a las consecuencias de litigios sobre posesión en general, y no a aquéllos en los cuales, como ocurre en el presente, las vicisitudes de la posesión están lógicamente enlazadas a las del cumplimiento o incumplimiento de un contrato traslativo».

«Esta resolución tuvo unos específicos efectos respecto a la devolución al estado jurídico preexistente, con alcance retroactivo, de tal suerte que el comprador ha de recuperar la parte del precio no sujeta a indemnización de daños y perjuicios y el vendedor, el objeto, tal como lo vendió, o con lo que se le hubiera incorporado durante el tiempo de su posesión por el comprador, por su carácter de deudor que ha incumplido y que ostenta la misma situación que un usufructuario»; y recientemente, STS de 13 de octubre de 1995: «En el caso que analizamos aparece declarada la resolución en una sentencia firme, (...), luego las consecuencias que estos efectos resolutorios deben producir son los específicamente señalados en los artículos 1123.2; 1122.6 y 487 del Código civil (...).

En este punto se ha de disentir con la sentencia recurrida, pues existiendo normas específicas que regulan los efectos de la resolución de un contrato traslativo por incumplimiento de lo pactado, no pueden ser de aplicación las normas que regulan la liquidación de un estado posesorio, o las consecuencias de los litigios sobre posesión en general, que es la normativa aplicada en la sentencia que se combate. Esta determinación específica de los preceptos legales aplicables, que se postula acertadamente en el recurso, viene avalada por la pacífica jurisprudencia de esta Sala, establecida fundamentalmente en la S de 24 de febrero de 1988 (...).

del contrato con los consiguientes efectos retroactivos y, por lo tanto, restitutorios.

Aunque no olvidamos que difieren en el mecanismo de resolución, ya que el art. 1124 concede una facultad que puede ser o no ejercitada por el perjudicado, y sólo desde el momento de su ejercicio se entenderá resuelto el contrato, y el art. 1123 produce la resolución automática tras el cumplimiento de la condición, siempre que, claro está, así lo quiera la parte afectada por la condición (22), pues para el éxito de su alegación han de tenerse siempre presentes los intereses en conflicto y el favorecido por la condición.

Es precisamente por el efecto retroactivo, por lo que parece que el Código asemeja el supuesto a las condiciones respecto de su liquidación posesoria, que surge por la restitución, con la correspondiente aplicación de los arts. 1123 y 1122, que remiten a los arts. 487 y 488 CC.

III.2.c) *Identidad de razón de ambas normativas*

Como puede observarse en los artículos que acaban de citarse, la normativa de liquidación de mejoras establecida para las obligaciones condicionales no se refiere en ningún momento a la buena o mala fe del mejorante, ya que sólo es necesario acudir a ella cuando existe algún defecto o vicio que provoca la ineficacia desde el principio de la relación, como, por ejemplo, la falta de titularidad dominical del transmitente.

Por tanto, en supuestos de resolución no se estima necesario hablar de buena o mala fe, sólo del riesgo que corre el comprador, si antes de cumplir sus obligaciones realiza inversiones o mejoras útiles y posteriormente se resuelve el contrato; en consecuencia, la normativa de las obligaciones condicionales no adopta el criterio de la buena o mala fe del mejorante, ni permite la imposición de las mejoras a la parte cumplidora.

Pero en la aplicación a los supuestos que se integran en el art. 1124 CC, de la normativa de liquidación de mejoras recogida en los arts. 1123 y 1122 CC, pueden plantearse dudas respecto de la identidad de razón que pueda existir entre los supuestos que originan la resolución por incumplimiento y las obligaciones condicionales.

(22) MONTÉS PENADÉS, *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, XVI, art. 1124, EDERSA, Madrid, 1989, pp. 1191-1195 y 1246; DELL' AQUILA, *Ob. cit.*, pp. 154 y 191-195; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, *cit.*, Madrid, 1993, pp. 348-349.

Quizá, en este tema, se pensó más en los casos de incumplimiento no doloso, y de ahí la fórmula del reparto de riesgos, y la aplicación de la normativa de las obligaciones condicionales a todos los supuestos de resolución, sin más detalle o concreción.

Sin embargo, una de las diferencias que pueden observarse entre los arts. 1124 y 1123 CC, es que el art. 1123 se refiere a condiciones, cuyo cumplimiento no es exigible a ninguna de las partes, mientras que el art. 1124 sí permite exigir el cumplimiento, puesto que, incluso, cumplir es un deber.

Sí parecería evidentemente aplicable el art. 1123 en supuestos del 1124, si un hecho fortuito, asimilable a la condición de hecho, se imputara contractualmente a la parte que debe cumplir (23).

Pero si el incumplimiento es doloso, quizás la solución debería ser más estricta, pues puede asimilarse realmente a un mejorante de mala fe y sería aplicable el art. 455 CC. Ya no sólo se asimilaría al mejorante de mala fe por asumir el riesgo de perder la cosa por incumplimiento, sino por el incumplimiento doloso.

Si se considerara posible extender la aplicación de las reglas posesorias a los incumplimientos dolosos del art. 1107 CC, los efectos liquidatorios serían más rígidos que en los demás casos de incumplimiento, ya que el art. 455 CC no sólo no permite el abono de mejoras útiles, ni su posible retirada, como sí reconoce el art. 487, sino que tampoco concede la compensación con los desperfectos ocasionados en el bien mejorado, como establece el art. 488 en beneficio del usufructuario.

Aunque, tal vez, esta reflexión no es aquí tan importante, porque en tema de liquidación de mejoras no se juzga la buena o mala fe en el incumplimiento, sino, en todo caso, en el momento de realización de las mejoras, e, incluso, ni siquiera eso, si entendemos el art. 1124 como una mera norma de reparto de riesgos, independientemente de las consecuencias liquidatorias que provoque el efecto retroactivo y restitutorio.

Quizás, la regulación de las mejoras sea independiente y por ello se produzca la remisión al art. 1123.

IV. CONCLUSIÓN

Puede afirmarse, pues, que, en general, es inatacable la buena fe en la condición posesoria del contratante incumplidor, y que no es necesario acudir al criterio de la buena o mala fe ante un propietario que

(23) Incluso, con mayor justificación, si pensamos como Díez-PICAZO, «Voz. Resolución (D.º Civil)», Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Vol. IV, Madrid, 1995, pp. 5896-5897, que también constituyen supuestos de resolución del 1124, todos los casos de incumplimiento por «imposibilidad sobrevenida fortuita».

adquirió en condiciones normales, válidas y eficaces, y que posteriormente se ve afectado por la resolución, porque la normativa aplicable, ubicada en sede de obligaciones condicionales, no adopta este criterio.

En virtud de ella, cabe concluir que no debe otorgarse al mejorante ningún derecho indemnizatorio por tales mejoras, ni siquiera el importe del gasto, sino, únicamente, como establecen los artículos 1123, 1122 y 487-488, el derecho a retirarlas si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes, y compensarlas con los desperfectos que se hubieran producido en el bien mejorado.

Pero ello no obsta, si reflexionamos sobre la *ratio* de los preceptos, arts. 1124 y 1123, que podamos llegar a la conclusión de que, o bien existen hipótesis, como el incumplimiento doloso, que no se tuvieron en cuenta en tema de liquidación posesoria, y hay que salvarlas con el derecho supletorio; o bien, se quiso establecer una norma de reparto de riesgos y de interpretación extensiva a todos los supuestos de incumplimiento, en cuyo caso, la normativa liquidatoria del art. 1123 es de indudable aplicación a la liquidación de mejoras.

En todo caso, los arts. 453 y ss. del CC cumplen una función supletoria en supuestos de liquidación posesoria no regulados, y ceden siempre ante regulaciones específicas, como es la normativa de las obligaciones condicionales, salvo que, como se ha dicho, se observe en ellas una laguna.

En este momento, estimamos conveniente recordar que la normativa de las obligaciones condicionales es de aplicación en estos supuestos si se efectúan las mejoras antes de quedar resuelto el contrato.

Pero si el poseedor hubiese realizado las mejoras después de la resolución, sí serían de aplicación los arts. 453 y ss., pues el mejorante ya no actuaría bajo la incertidumbre de la resolución sino como un mero poseedor. Invirtiéndose así su concepto posesorio, sería de aplicación el art. 455 por ser considerado de mala fe.

Una última observación cabe realizar sobre el tema, y es la posible incidencia que la normativa general de liquidación posesoria, contenida en los arts. 453 y ss. del CC, ha tenido en la regulación específica del tema, ubicada en sede de obligaciones condicionales. Obviando, hipotéticamente, dicha regulación específica y aplicando la normativa posesoria a estos supuestos, sí habría que determinar la buena o mala fe del mejorante en el momento de realizar la actividad mejoraticia.

En estas circunstancias, podríamos pensar que la parte cuya posesión se encuentra afectada por el cumplimiento o no de una condición, conoce su posición y su posible obligación de restituir si llega el caso, y la realización de cualquier gasto mejoraticio se llevaría a cabo en tal situación de interinidad e incertidumbre de derechos. Por ello, no actuaría de buena fe al ejecutar tales mejoras, porque conociendo su posición, las estaría imponiendo conscientemente al que habrá de sucederle en la posesión, y realizaría un desembolso con conocimiento

de su posible inutilidad para él. En definitiva, no actuaría de buena fe como mejorante.

De igual modo, para la parte que ha incurrido en incumplimiento, la inversión mejoraticia del comprador resulta igualmente arriesgada hasta el efectivo cumplimiento de sus obligaciones. Hasta entonces, la condición de propietario, o, en su caso, de legítimo poseedor con derecho a la realización de mejoras, no es tampoco definitiva, y por ello, corre el riesgo de que, producido el incumplimiento de sus correspondientes obligaciones, pueda producirse el efecto resolutorio y ver disminuido su patrimonio por la pérdida de tales mejoras o su indemnización.

Por lo tanto, también actuaría de forma precipitada en la ejecución de mejoras, y de igual modo estaría imponiéndolas a su sucesor posesorio, no previendo su falta de aprovechamiento y de utilidad para el siguiente poseedor, si tiene que restituir el bien en el que las ha realizado.

En estos casos, por la asimilación al mejorante de mala fe, se aplicaría el art. 455 CC y no se permitiría ni el abono de las mejoras útiles, que es el objeto de nuestro trabajo, ni la retirada de dichas mejoras si fuere posible, como sí admite el art. 487 CC, así como tampoco se admitiría la compensación con los desperfectos del art. 488 CC.

Evidentemente, en estos supuestos hablamos no estrictamente de mejorantes de mala fe sino de asimilaciones a él, por la situación de interinidad e incertidumbre hasta el efectivo cumplimiento. Y de ahí, quizás, el menor rigor de la normativa liquidatoria de las obligaciones condicionales.

Por todo ello, cabe entender, finalmente, que aunque los arts. 453 y ss. contienen las reglas esenciales de liquidación posesoria y actúan como derecho supletorio de la normativa específica, sí puede observarse en ésta el reflejo de las reglas posesorias, necesariamente adaptadas al supuesto.

Sentencias Comentadas

Responsabilidad civil extracontractual de un ayuntamiento por daños causados en el servicio de suministro de agua (Comentario a la STS de 8 de junio de 1994)

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
Prof. Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. Hechos y doctrina de la sentencia.— II. Comentario.
1. Responsabilidad patrimonial de la Administración Local.— A) Planteamiento.— B) Evolución normativa.— C) El problema de la jurisdicción competente.— 2. Consideraciones acerca de la aplicación del art. 1903.IV C.c.

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Los hechos relevantes y su doctrina aparecen reflejados en los Fundamentos de Derecho 1.º y 2.º. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

Fundamentos de Derecho

Primero.—El presente recurso de casación impugna sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, la que, confirmando la dictada por el Juez de primera instancia, estima en parte la demanda formulada por la entidad denominada «CFS, S.A.», en cuyo suplico se solicitó la

condena del Ayuntamiento de la misma ciudad a pagar a la actora la cantidad de 3.296.723 pesetas como importe de los daños que se le irrogaron a consecuencia de la rotura de una tubería de alcantarillado de agua potable, ubicada en calle pública, a la altura del local propiedad de la demandante; alcantarilla propiedad de la entidad demandada, que dio lugar a la inundación de aquel local y a la causación de los daños que se reclaman en este juicio de menor cuantía. Aparecen acreditados los daños causados que fueron valorados por técnico competente, así como la relación causal entre la culpa *in vigilando* que los Juzgadores atribuyen a la Corporación demandada y aquellos daños, y descuentan de la suma pedida la de un millón de pesetas que el demandante recibió con cargo al seguro; resultando en definitiva la suma a pagar por la demandada de 2.296.723 pesetas. El recurso de casación, sobre esa resultancia probatoria, se basa en dos motivos, en los que la entidad demandada se apoya respectivamente, el primero con base en el n.º 1 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el segundo sin cita de precepto legal alguno que se considera infringido.

Segundo.—El primero de dichos motivos acusa la infracción del art. 3.º de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, ap.b), complementado por los arts. 106.2 de la Constitución vigente, 121 a 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, y 1902 y 1903 del Código Civil. En el desarrollo de este motivo el principio que llama general de la responsabilidad objetiva de las Corporaciones locales y su ampliación en los arts. 128 de la Ley de Expropiación forzosa citada y 40 de la Ley de Régimen Jurídico aludida, aparte de la jurisprudencia que entiende aplicable pronunciada por la antigua Sala 4.ª del Tribunal Supremo, y de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, art. 5.c), todo ello para fundamentar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y no de la civil. El motivo debe ser desestimado dadas las circunstancias fácticas acreditativas en que ocurrió el hecho causante de los daños que se reclaman, circunstancias que no han sido impugnadas en este recurso por el adecuado conducto procesal (el antiguo n.º 4.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable al tiempo en que fue interpuesto el recurso). En efecto, aquella desestimación del motivo viene fundamentada en las siguientes consideraciones: a) La responsabilidad patrimonial de la administración a que se refiere el art. 3. ap.b), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se invoca por la recurrente, según el derecho aplicable al supuesto litigioso, anterior a la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo para las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992, (sin efecto retroactivo a estos efectos), surge en los casos en que la Administración, en este caso local, actúa investida de soberanía o «imperio» y no como un particular desprovista de esa facultad. b) En el caso ahora debatido, si bien el servicio de suministro de aguas es un servicio público que incumbe a las Corporaciones locales (art. 25. ap. 1, de la

Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local), el hecho ahora incriminado no deriva directamente de tal obligación de carácter público, sino de la falta de diligencia y de la suficiente vigilancia por parte de la recurrente en relación con sus empleados o agentes que realizaron la instalación de la tubería cuya rotura originó los daños reclamados, daños causados a una entidad particular en su esfera privada; hay pues, como ya observaron los Juzgadores de instancia, una *culpa in vigilando* o *in eligendo*, que se atribuye a la entidad demandada como empresario particular frente a los operarios que materialmente realizaron la obra de instalación de las tuberías accidentadas. c) Fue, por consiguiente, la causante de los daños una conducta extraadministrativa, desconectada del servicio público que incumbe a la recurrente, y que no puede ser calificada de funcionamiento anormal del servicio para ser incardinada en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957, antes mencionada, sino en el art. 41 de la misma Ley, en cuanto la Administración local actuó como persona jurídica privada, igual que cualquier particular sujeto a derechos y obligaciones, sin hallarse investida a la sazón en el desarrollo de esa actividad de la prerrogativa o atributo de poder, sino en relaciones de derecho privado, aunque considerándose, según señala el art. 41 citado, la actuación de sus funcionarios o agentes en el caso debatido como actos propios de la Administración; debiendo en consecuencia exigirse la responsabilidad en este caso ante los Tribunales ordinarios. d) En definitiva, sin excluir que la responsabilidad de la recurrente derivó en el caso ahora contemplado de una situación del riesgo creado al instalar sin la suficiente diligencia unas tuberías de conducción de aguas, se aprecia conjuntamente una presunción *iuris tantum* de culpa en contra suya, que no ha sido desvirtuada en la presente litis por la idónea prueba en contrario. e) Por último, cabe añadir para corroborar la desestimación del motivo examinado que la doctrina sentada en este fundamento de derecho ha sido reiteradamente seguida por esta Sala de casación en casos análogos, como se deduce claramente de las sentencias, entre otras, de 9 de marzo de le abril de 1989, 18 de septiembre de 1987, 28 de marzo, 7, 10 y 23 de noviembre de 1990 y 27 de septiembre de 1993, recaídas en pleitos en que se reclamaba en su mayoría responsabilidad de Ayuntamientos por actos de sus dependientes o funcionarios; sin que se estime aplicable por esta Sala, como se ha reconocido en diversidad de sentencias de la misma, en concepto de jurisprudencia a tener en cuenta la sentada por la jurisdicción contencioso-administrativa. Por todo ello decae, como ya se dijo, el motivo examinado.

Tercero.—El segundo de los motivos, destaca en su encabezamiento la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate». Pero sin citar ni el número del artículo 1692 en que se apoye, ni en su caso las normas jurídicas o jurisprudencia que se estimen infringidas. Se limita a acusar «absoluta imposibilidad, rayana en la indefensión» del demandado, a sostener que no intervino en la valoración de los daños, olvidando que

la Corporación recurrente se enteró del siniestro en los primeros momentos después de ocurrido y observó en cuanto al mismo una actitud pasiva, y pudo en el oportuno trámite impugnar la valoración de los daños, lo que no hizo a través de las pruebas que pudo proponer, sin que, por tanto, en modo alguno pueda considerarse ni aceptarse que estuvo en indefensión procesal. Todo ello aparte de que el presente motivo, dada su formulación debió ser inadmitido en su momento, causa de inadmisión que por sí sola determinaría ahora su desestimación.

Cuarto.—La desestimación de los motivos da lugar a la del recurso en su totalidad, con imposición de las costas a la Corporación recurrente por ordenarlo así el art. 1715, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sin pronunciamiento alguno sobre depósito por no haber sido necesario constituirlo.

II. COMENTARIO

II.1. Responsabilidad patrimonial de la Administración Local

A) *Planteamiento*

El orden jurisdiccional civil ha venido conociendo, con notable frecuencia, las demandas dirigidas contra la Administración Local, incluso cuando la acción se enmarca dentro de una actividad peculiarmente pública y se refiere al funcionamiento de los servicios públicos. De ello resulta también que los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, reguladores de la responsabilidad civil extracontractual, sirven de fundamento jurídico para las condenas impuestas a la Administración Local. La sentencia objeto de este comentario constituye un buen ejemplo de esta línea jurisprudencial.

En el caso planteado, no sólo interesa la interpretación que el TS hace del art. 1903.IV C.c. para aplicarlo al Ayuntamiento demandado, sino también la cuestión previa de si el orden jurisdiccional civil es o no competente para conocer este tipo de demandas.

La normativa sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Local ha ido sufriendo diversas modificaciones legislativas a lo largo del tiempo, que han repercutido también sobre el problema, antes apuntado, de la jurisdicción competente. Tomar en consideración esta evolución constituye un instrumento útil para valorar en qué medida las sentencias de la Sala 1.^a del TS se ajustan o no a la normativa vigente en el momento de producirse los hechos causantes del daño que se reclama.

B) *Evolución normativa*

La responsabilidad patrimonial del Estado es de reciente creación, dada la tradicional incompatibilidad de los conceptos de soberanía y

de responsabilidad (*the king can do not wrong*), y el tránsito desde la irresponsabilidad del Estado a la generalización del principio de responsabilidad ha seguido vías distintas en unos y otros países. En España, ante la incapacidad de nuestra jurisprudencia para crear una doctrina propia sobre la responsabilidad de la Administración y su rechazo a cimentar la responsabilidad administrativa sobre el Derecho privado, ésta se abrirá paso a golpe legislativo (1).

En lo que afecta a la Administración Local, la Ley municipal republicana de 31 de octubre de 1935 contiene una primera regulación general y directa de la responsabilidad de los municipios. Conforme al art. 209, «las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno o de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos».

La amplitud de miras del texto transcrito quedó, sin embargo, aminorada por el párrafo segundo del mismo precepto, que daba paso a la posibilidad de que la responsabilidad de las entidades municipales se convirtiera fácilmente en responsabilidad de los funcionarios (2).

Las normas de la etapa republicana no llegaron a tener desarrollo en la práctica, y es en el régimen franquista donde se aborda la regulación de la responsabilidad administrativa. El Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 reconoce la responsabilidad de las entidades locales por los daños y perjuicios causados por la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes en la esfera de sus atribuciones respectivas (art. 405), distinguiendo entre responsabilidad directa (art. 406) y subsidiaria (art. 409). La nueva legislación se ocupaba también de determinar la jurisdicción competente; conforme al art. 407, era competente la jurisdicción contenciosa cuando se lesionasen «derechos administrativos» y la civil cuando lo lesionado fuesen «derechos civiles».

(1) Sobre este planteamiento, vid. PARADA, R.: *Derecho Administrativo I, Parte General*, Madrid, 1993, pp. 618 y ss. Las diferentes fases de esta evolución son descritas por LEGUINA VILLA, J.: «El fundamento de la responsabilidad de la Administración», *REDA*, 1979, p. 524: «... son bien conocidas las fases de evolución de la garantía patrimonial de los particulares frente a los daños extracontractuales causados por el poder público, que a grandes trazos van desde una primera etapa de absoluta irresponsabilidad administrativa, pasando por una segunda fase de imputación exclusiva de daños a los agentes públicos culpables, para admitirse en un tercer momento un principio general de responsabilidad de la Administración limitado, sin embargo, a los daños causados por acciones ilegales y culpables de sus autoridades y funcionarios. La cuarta y última etapa se caracteriza por la extensión del mencionado principio general de resarcimiento, tanto a los llamados daños anónimos, como a los provocados por actuaciones administrativas lícitas o no culpables».

(2) Así lo advierte MARTÍN-RETORTILLO, L.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción», en *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, t. II, Valladolid, 1965, p. 259.

Se establecía, pues, un sistema de dualidad de jurisdicciones, en base al criterio de la naturaleza del derecho infringido por la actuación de las entidades locales. Pero este sistema duró escaso tiempo, ya que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 atribuye, en su art. 3.b), a esta jurisdicción el conocimiento de «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública». Al no distinguir entre las diversas esferas de la Administración, es lógico concluir que se implantaba, también para la Administración Local, un sistema de unidad jurisdiccional. A partir de ahora, todas las cuestiones que se suscitasen sobre responsabilidad patrimonial de las entidades locales deberían ser objeto de conocimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa (3).

La nueva ordenación de la LJCA se mantiene hasta que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, rompe con el sistema de unidad jurisdiccional que venía rigiendo para los entes locales, y acoge el de dualidad de jurisdicciones, que la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 había en un primer momento implantado sólo para la Administración del Estado (4). En efecto, el art. 54 LRBRL establece que «las Entidades Locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa». Y esta remisión a «la legislación general sobre responsabilidad administrativa» había que entenderla hecha a la LRJAE, cuyos arts. 40 y 41 consagraban un régimen de dualidad de jurisdicciones (5).

La larga evolución normativa culmina con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollada por el RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial.

(3) Al respecto, CLAVERO ARÉVALO, M.: «La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Estudios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1992, p. 231.

(4) La aparición de esta ley supuso, al menos para la Administración del Estado, la derogación de la unidad jurisdiccional implantada por el art. 3.b) LJCA. El art. 41 era muy explícito en este punto, al señalar que «cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios».

(5) Al respecto, vid. PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario a la STS (Sala 1.ª) 1 de julio de 1986», *CCJC*, n.º 12, p. 3.893; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, Madrid, 1990, p. 89; REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989)», *PJ*, 1990, n.º 20, p. 34.

El art. 2 LRJ-PAC, referido al ámbito de aplicación de la ley, incluye a las Entidades que integran la Administración Local.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene regulada en los arts. 139 a 146 de la nueva Ley.

El art. 139.1 LRJ-PAC establece una cláusula general de responsabilidad, en la línea del derogado art. 40 LRJAE, conforme a la cual «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

A la responsabilidad de Derecho privado se refiere el art. 144 LRJ-PAC, indicando que «cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda». En este punto, la nueva ley introduce una importante novedad, habida cuenta de que la responsabilidad de Derecho privado se exigirá también por el procedimiento administrativo (arts. 142 y 143) y, por tanto, cabrá recurso contencioso-administrativo contra la decisión que ponga fin a la vía administrativa. Lo que supone el reconocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa como la única competente para conocer todas las reclamaciones que se hagan contra las Administraciones Públicas, incluidas las que se deriven de los daños causados en el ámbito de las relaciones de Derecho privado (6). Esta conclusión se reafirma por el último inciso del precepto transcrito, que omite toda

(6) En el sentido de que la LRJ-PAC reinstaura el sistema de unidad jurisdiccional, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en GARCÍA DE ENTERRÍA, E./FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, 1993, p. 386; FUERTES SUÁREZ, J. L.: «Responsabilidad de las Administraciones Públicas (artículos 139 a 146)», en *Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y del Procedimiento Administrativo Común)*, coord. PENDAS GARCÍA, B.; Barcelona, 1993, p. 815; LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dir. LEGUINA VILLA, J./SÁNCHEZ MORÓN, M.; Madrid, 1993, pp. 402 y 403; GONZÁLEZ PÉREZ, J./GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, 1994, p. 1391; LLISSET BORRELL, F.: «La nueva Ley de Procedimiento Administrativo y su incidencia en la Administración Local», en LLISSET BORRELL, F./ROMERO HERNÁNDEZ, F./LÓPEZ PELLICER, J. A.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1994, p. 791; MARTÍN REBOLLO, L.: voz «Responsabilidad de la Administración», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Madrid, 1995, p. 5930. Contra, SERRERA CONTRERAS, P. L.: en VV.AA., *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, t. II, Madrid, 1993, pp. 106 y ss.

referencia a los Tribunales ordinarios, a diferencia del derogado art. 41 LRJAE, y también por el RPRPAP al indicar su art. 1.2 que sus disposiciones «son de aplicación a los procedimientos que inicien, instruyan y resuelvan todas las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de derecho público o derecho privado», manifestándose en parecidos términos el art 2.1 de este Reglamento.

A la vista de lo anterior, puede afirmarse que la LRJ-PAC reinstaura nuevamente en la esfera local el sistema de unidad jurisdiccional. La jurisdicción contencioso-administrativa aparece como la única competente para resolver las demandas de responsabilidad dirigidas contra los entes locales, aun cuando los daños causados traigan su causa de actuaciones en relaciones de Derecho privado.

C) *El problema de la jurisdicción competente*

Las reglas sobre competencia jurisdiccional, contenidas en las normas administrativas, no han sido obstáculo alguno para que los Tribunales civiles conozcan demandas de responsabilidad contra la Administración. Esta situación se da no sólo cuando la actividad administrativa se somete al Derecho privado (caso éste que permitía el sistema de dualidad de jurisdicciones), sino también cuando nos encontramos ante supuestos claros de daños originados por el funcionamiento de un servicio público. Este proceder de la jurisprudencia civil bien pudiera resumirse en las palabras de LACRUZ BERDEJO: «Es más importante que se haga justicia que quién la haga» (7).

La sentencia que comentamos afirma la competencia de la jurisdicción civil en un caso de reclamación de daños a un Ayuntamiento por rotura de una tubería de alcantarillado de agua potable, que produjo la inundación del local de la demandante. Se inscribe, por tanto, en la línea jurisprudencial de la Sala 1.^a del TS que, manteniendo la competencia del orden jurisdiccional civil, aplica el art. 1903.IV C.c. a la Administración local (8).

(7) LACRUZ BERDEJO, J.L., en LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA, F./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Elementos de Derecho Civil, II*, Vol. 1.º, Barcelona, 1985, p. 597, nota 7.

(8) Al respecto, vid. SSTS (Sala 1.º) 7 de febrero de 1973 (RAJ n.º 407) y 9 de marzo de 1983 (RAJ n.º 1.429), donde aparecen, respectivamente, una Diputación y un Ayuntamiento como únicos demandados. En los últimos tiempos, es más frecuente que aparezcan demandados particulares junto con la Administración local; así sucede en las SSTS (Sala 1.º) 30 de abril de 1984 (RAJ n.º 1.976), 31 de diciembre de 1986 (RAJ n.º 7.881), 17 de mayo de 1988 (RAJ n.º 4.310), 24 de noviembre de 1989 (RAJ n.º 7.908), 25 de marzo de 1991 (RAJ n.º 2.443) y 2 de abril de 1993 (Actualidad Civil, n.º 852), 17 de mayo de 1994 (Actualidad Civil, n.º 969), 3 de febrero de 1995 (RAJ n.º 737) y 24 de marzo de 1995 (RAJ n.º 2.399). En este segundo grupo, la cuestión de la jurisdicción competente aparece planteada en la sentencias de 31 de diciembre de 1986, 17 de mayo de 1994 y 24 de marzo de 1995.

¿Era realmente competente la jurisdicción civil para conocer la demanda interpuesta por la entidad propietaria del local inundado contra el Ayuntamiento de Salamanca?

Para el Ayuntamiento de Salamanca, el conocimiento del caso correspondía a la jurisdicción contenciosa y no a la civil (9). Sin embargo, el TS desestima el motivo en base a las siguientes consideraciones: 1.º) la responsabilidad patrimonial a que se refiere el art. 3.b) LJCA surge en los casos en que la Administración, en este caso la local, actúa investida de soberanía o «imperio» y no como un particular desprovista de esa facultad; 2.º) el hecho ahora incriminado no deriva directamente de una obligación de carácter público, sino de la falta de diligencia y de la suficiente vigilancia por parte de la recurrente en relación con sus empleados o agentes que realizaron la instalación de la tubería cuya rotura originó los daños reclamados, daños causados a una entidad particular en su esfera privada; 3.º) la causante de los daños fue una conducta extra administrativa, desconectada del servicio público que incumbe a la recurrente, y que no puede ser calificada de funcionamiento anormal del servicio para ser incardinada en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957, sino en el art. 41 de la misma Ley, en cuanto la Administración local actuó como persona jurídica privada, igual que cualquier particular sujeto a derechos y obligaciones, sin hallarse investida a la sazón en el desarrollo de esa actividad de la prerrogativa o atributo de poder, debiendo en consecuencia exigirse la responsabilidad en este caso ante los Tribunales ordinarios.

A nuestro entender, resulta clave para responder a la interrogante antes formulada conocer, en primer lugar, la normativa aplicable en el momento que tuvieron lugar los hechos. Todo parece indicar que regía el art. 54 LRBRL, cuya remisión a la LRJAE nos llevaba, en última instancia, al sistema allí consagrado de dualidad de jurisdicciones, según la naturaleza de la actividad desplegada por la Administración (10). Así parece entenderlo el TS, cuando justifica la competencia del orden jurisdiccional civil en la actuación del Ayuntamiento en relaciones de Derecho privado, debiendo exigirse su responsabilidad, por imperativo del art. 41 LRJAE, ante los Tribunales ordinarios.

Siendo cierto que existía una dualidad de jurisdicciones para la Administración local, conviene plantearse, en segundo lugar, si es correcta la aplicación que hace el TS del art. 41 LRJAE. Con palabras de la propia sentencia, si estamos o no ante un caso de «conducta extra administrativa, desconectada del servicio público que incumbe a la recurrente...», en el que «el hecho incriminado no deriva directamente de

(9) Se acusa la infracción de los arts. 3.b) LJCA, 106.2 CE, 121 a 123 LEF, 40 LRJAE, 1902 y 1903 C.c., así como la jurisprudencia de la Sala 4.ª del TS.

(10) Sin embargo, en la actualidad, la norma a la que se remite el art. 54 LRBRL es la LRJ-PAC. Al respecto, vid. COBO OLVERA, T.: *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Especial referencia a la Administración Local*, Madrid, 1994, p. 654.

tal obligación de carácter público, sino de la falta de diligencia y de la suficiente vigilancia por parte de la recurrente...».

Llegados a este punto, hay que decir que no nos convencen los argumentos empleados por la Sala 1.^a del TS. No es admisible una interpretación tan restrictiva que sitúe el caso enjuiciado al margen de lo que es el funcionamiento de un servicio público (11).

Si, por un momento, volvemos al relato de los hechos, nos encontramos con daños que tienen su origen en el hacer y actuar de la Administración como ente de gestión pública (12). A las Corporaciones locales incumbe, según expresa el art. 25.2, 1) LBRL, el servicio público de suministro de agua. Los daños parecen, por tanto, encajar en la cláusula general del art. 40 LRJAE («funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos») (13), y la reclamación a que den lugar debe sustanciarse ante los Tribunales del orden contencioso. Además, estamos ante un caso en el que no cabe ni el recurso al conocido argumento de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil (14), dado que figuró como único demandado el Ayuntamiento de Salamanca.

(11) A parecidas conclusiones nos lleva la lectura de la STS (Sala 1.^a) 9 de marzo de 1983 (RAJ n.º 1.429), si bien el momento de producirse los hechos no regía el sistema de dualidad de jurisdicciones de la LRJAE, sino el de unidad de la LJCA. Al ejecutar las obras de urbanización de una calle, el Ayuntamiento de Mataró había elevado la rasante de la calle con relación a la parte de fachada de la casa de los demandantes. La fachada quedó en un plano inferior al nivel actual de la calle y, por no adoptar las precauciones necesarias durante la realización de la obra, las aguas pluviales se filtraron a través de la acera, todavía sin pavimentar, produciendo humedades en la parte inferior de la pared colindante y causando importantes perjuicios. El TS afirma la competencia de la jurisdicción civil, entendiendo que los hechos encajan en la previsión del art. 41 LRJAE y descartando que se trate de un supuesto de funcionamiento normal o anormal de un servicio público. Aun cuando es errónea la invocación que hace el Alto Tribunal de la LRJAE, por no ser la legislación aplicable al caso, lo cierto es que no es sostenible una interpretación tan restrictiva como ésta.

(12) La expresión «servicio público», empleada por los arts. 40 LRJAE y 139.1 LRJ-PAC cubre toda actividad administrativa, comprendiendo por consiguiente la actividad de servicio público en sentido estricto o prestacional, así como de policía o limitación, la actividad sancionadora y la arbitral. Incluso puede imaginarse la producción de daños a través de una actividad de fomento que favorezca a unos administrados en detrimento de otros. La jurisprudencia contencioso-administrativa entiende también el término servicio público de forma funcional y amplia como sinónimo de «actividad administrativa», de «giro o tráfico administrativo», de «gestión, actividad o quehacer administrativo». Sobre el particular, vid. PARADA, R.: *op.cit.*, p. 629.

(13) El art. 41 LRJAE no era de aplicación en este caso. Como ha señalado PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, p. 28, el precepto está referido a los supuestos de daños producidos a resultas de la gestión del patrimonio privado de la Administración, o del ejercicio por ésta de actividades industriales o mercantiles, realizadas ordinariamente a través de entidades personificadas con forma mercantil: sociedades de ente público.

(14) La jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS entiende que la demanda conjunta de la Administración con una persona privada determina la competencia del orden jurisdiccional civil, pues al ser solidarias sus responsabilidades «de separarse la continen- cia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios». Alude, en segundo lugar, al art. 9.2 LOPJ, de acuerdo con el cual la jurisdicción civil funciona como resi-

En línea con lo apuntado, es interesante destacar que la jurisdicción contencioso-administrativa ha conocido demandas de responsabilidad en supuestos prácticamente idénticos al de la sentencia que comentamos. Así, puede verse la STS (Sala 3.ª) 3 de mayo de 1991 (RAJ n.º 4.329), en la que los daños originados en la vivienda del demandante tuvieron su origen en la rotura de tubería de la red municipal de abastecimientos de aguas. El perjudicado basó su demanda en los arts. 40 LRJAE, 121 LEP, a los que se remite el art. 54 LRBRL. El TS no ve obstáculo alguno en que los hechos encajen en el funcionamiento anormal de los servicios públicos, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que había condenado al Ayuntamiento de Illora (Granada).

La STS (Sala 1.ª) 8 de junio de 1994 constituye, pues, un nuevo caso en que los Tribunales civiles estiman una demanda de responsabilidad extracontractual dirigida en exclusiva contra la Administración, con base en el art. 1903.IV C.c., por daños que se corresponden claramente con el «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». Lo interesante, a partir de ahora, será comprobar si se trata de uno de los últimos fallos de la línea jurisprudencial que hemos descrito.

En efecto, habrá que ver el desarrollo, tras la nueva normativa legal (LRJ-PAC) y reglamentaria (RPRPAP), de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Con otras palabras, se trata de juzgar el éxito de la previsión de unidad jurisdiccional desde la perspectiva que aquí seguimos y que no es otra que la de la jurisdicción civil. El precedente en esta materia no apuntaría, a pesar de los datos normativos, a que vaya a ser competente la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que los Tribunales civiles (15) conocieron demandas de responsabilidad contra la Administración local cuando regía el sistema de unidad de jurisdicción implantado por el art. 3.b) LJCA y que estuvo vigente hasta la LRBRL de 1985. Sin embargo, la situación actual (16) parece más favorable a un cambio de pos-

dual. Finalmente, se considera que, a falta de solución legislativa, parece preferible que los Tribunales civiles conozcan demandas que se formulan conjuntamente contra la Administración y los particulares. Vid. esta argumentación en la STS (Sala 1.ª) 29 de octubre de 1987 (RAJ n.º 7.483), en la que figuraban como demandados el soldado conductor del vehículo siniestrado y el Estado.

(15) Un ejemplo lo tenemos en la STS (Sala 1.ª) 9 de marzo de 1983 (RAJ n.º 1.429) y de la que se ha tratado en la nota 11.

(16) Hay que tener en cuenta la opinión dominante en la doctrina (vid. nota 6) sobre el retorno que hace la Ley 30/1992 al sistema de unidad jurisdiccional, así como las previsiones que se hacen desde la propia Administración. En este sentido, resulta interesante reproducir lo que dice la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado en su Memoria de 1993 (BIMJ, suplemento al núm. 1766, de 15 de enero de 1996, p. 207): « La entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el 27 de febrero de 1993, y la aprobación del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administra-

tura pero, en el momento presente, donde los únicos pronunciamientos son los de las Audiencias Provinciales, esta afirmación debe hacerse con cautela.

El análisis de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de los últimos meses permitirá avanzar alguna conclusión sobre la orientación que está siguiendo la jurisdicción civil, si bien tendremos también ocasión de comprobar la existencia de algunas discrepancias de criterio que vienen a complicar una situación en la que está en juego la seguridad jurídica. Por otro lado, debe advertirse en algunos casos la dificultad de saber, por omitir el fallo las circunstancias temporales, si la nueva normativa administrativa era aplicable.

Convendrá tener en cuenta dos situaciones: 1.º) cuando aparece la Administración como única demandada; y 2.º) cuando son demandas particulares junto con la Administración.

En el primero de los casos encontramos un grupo de sentencias que apuestan por la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (17). Parece incluso que el cambio de orientación afecta a

ciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, que entró en vigor, a tenor de su Disposición Final Única, el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", lo que tuvo lugar el día 4 de mayo de 1993, ha venido a superar la situación del dualismo jurisdiccional que, en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, resultaba del ordenamiento jurídico vigente hasta entonces, que distinguía entre la responsabilidad por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa (artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954), cuyo conocimiento venía atribuido a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículo 3.b de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, 40.3 de la LRJAE y 122.2 y 128 de la LEP) y los supuestos en que el Estado actuaba en relaciones de derecho privado, en que los órganos competentes para conocer de las reclamaciones por daños causados en el ámbito de aquéllas eran los del orden jurisdiccional civil (artículo 41 LRJAE). La Ley 30/1992, en sus artículos 142, apartado 6, y 144 atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa en todo caso el conocimiento de estas reclamaciones. No obstante, ha continuado la actuación ante la jurisdicción civil de los Abogados del Estado en numerosos pleitos sobre responsabilidad iniciados antes de la entrada en vigor de esta normativa».

(17) Así, las SSAP Palencia 14 de marzo de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 1.239), León 7 de abril de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 1.709), Toledo 11 de octubre de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 152), Pontevedra 23 de noviembre de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 226) y Huesca 30 de noviembre de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 200). En la última de estas sentencias, destacan las siguientes afirmaciones: «... esta cuestión no era en absoluto pacífica hasta la Ley 30/1992 pues, hasta entonces, existía una regulación propicia a insalvables incidentes fronterizos entre las jurisdicciones afectadas, la Civil y la Contencioso administrativa, que no llegaban a encontrar criterios definitivos para solventar el problema en las denominadas "zonas grises", salvo la insatisfactoria entrada en juego de los principios de elusión del peregrinaje jurisdiccional, el de protección de la víctima y el recurso a la vía atractiva de la jurisdicción civil, pero la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, produce una auténtica innovación en la materia; así, entre otros preceptos,

situaciones anteriores a la LRJ-PAC; así ocurre en un caso idéntico al de la sentencia objeto de este comentario cuyo conocimiento, sin embargo, se defiende a la jurisdicción contencioso-administrativa (18).

Pero no todas las decisiones van en esta dirección. Hay otras sentencias que mantienen la competencia del orden jurisdiccional civil y lo hacen sobre la base de argumentos extraídos de la propia LRJ-PAC (19).

en ella se derogan expresamente los arts. 40, 41, 42 y 43 LRJAE...»; «... coincidimos con la doctrina cuando señala que debe recobrar toda su fuerza lo establecido en el art. tercero de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando da al Orden Jurisdiccional Contencioso la competencia para conocer de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la administración. Así se ha entendido también el RD 429/1993, 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial o extracontractual...»; «... se ha vuelto definitivamente al monopolio de la Jurisdicción Contenciosa para conocer de estas reclamaciones de responsabilidad patrimonial, extracontractual, de la administración...».

(18) Es la SAP Cuenca 17 de mayo de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 1.698). El Ayuntamiento de Belmonte había sido demandado por los daños ocasionados en la vivienda de la actora como consecuencia de la rotura de una tubería de conducción de agua potable, así como del alcantarillado, en fecha de 20 de octubre de 1992.

(19) En este sentido, en la SAP Málaga 21 de abril de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 66) puede leerse: « A tenor del art. 144 de la Ley 30/1992, cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 142 y 143, cuando proceda; mas ello plantea la cuestión referente al orden jurisdiccional competente, si el contencioso-administrativo o el civil para resolver sobre estas indemnizaciones. La Sala, haciendo una interpretación teleológica de la norma, entiende que la remisión hecha, sólo se verifica respecto al procedimiento administrativo aplicable, sin implicar la existencia de un régimen unificador en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se opondría frontalmente a lo previsto en los apartados 2 y 4 del art. 9 LOPJ en la que con claridad se establece que los Tribunales y Juzgados del orden civil, conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no están atribuidas a otro orden jurisdiccional, y que los del orden contencioso administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos propios de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias. De ello puede deducirse que es al orden civil al que corresponde el conocimiento de las cuestiones de responsabilidad derivadas de las actuaciones de las Administraciones Públicas cuando actúen en relación de derecho privado, que es para aquél "materia propia". Cabría no obstante oponer a tal conclusión el art. 142.6 Ley 30/1992 cuando señala que la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial pone fin a la vía administrativa "cualquiera que fuese el tipo de relación pública o privada de que derive", pero no impone que contra dicha resolución sólo quepa el recurso contencioso-administrativo ante los Tribunales de dicho orden jurisdiccional, puesto que precisamente tal previsión se hallaba en el art. 139.5 del Proyecto del Gobierno, y fue suprimida en el Texto definitivo, con lo que quedaba sin efecto la atribución indiscriminada a la jurisdicción contencioso-administrativa de cualquier tipo de reclamación en esta materia». A los razonamientos anteriores, añade la Audiencia «un principio básico de justicia material que en armonía con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, corrija las indeseables situaciones de desamparo en que el perjudicado pudiera hallarse inmerso de no resolverse con la celeridad que la mecánica procesal permita

En la segunda situación descrita, cuando se demanda conjuntamente a la Administración y a particulares, la solución era más previsible. Nuevamente se afirma la competencia de la jurisdicción civil (20), recurriendo a argumentos ya conocidos (fuerza atractiva y carácter residual de la jurisdicción civil) y a otros que la nueva normativa proporciona (básicamente, los que giran en torno al art. 146.1 LRJ-PAC que trata de la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas).

II.2. Consideraciones acerca de la aplicación del art. 1903.IV C.c.

Al margen de los problemas relativos a la jurisdicción competente, la sentencia comentada presenta interés desde la óptica de la interpretación del art. 1903.IV C.c. Sabemos que fue precisamente ésta la norma que se tomó en consideración para estimar la demanda y condenar al Ayuntamiento.

La aplicación del art. 1903.IV C.c. al Ayuntamiento de Salamanca viene motivada, según se desprende de la lectura de la sentencia, «por la falta de diligencia y de la suficiente vigilancia... en relación con sus empleados o agentes que realizaron la instalación de la tubería cuya ro-

y de modo definitivo sus pretensiones, evitando así el llamado peregrinaje de jurisdicciones, que en ocasiones no encierra sino un marcado abuso de derecho en la contraparte —administración demandada— expresamente proscrito por el art. 7 C.c.».

También a favor de la competencia del orden jurisdiccional civil puede verse la SAP Alicante 11 de abril de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 1.173).

(20) Así, la SAP Córdoba 17 de febrero de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 827), tras examinar la nueva normativa y concluir en favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, señala que en el caso enjuiciado «surge... la interrogante de si cuando se exige responsabilidades a particulares, además de la Administración, dentro de una legítima acumulación, cabe o no la fuerza atractiva de la jurisdicción civil... La respuesta, al igual que hace el Juzgador de instancia, y aun reconociendo que se disiente de otras resoluciones —SAP de Jaén de 11 de julio de 1994—, ha de ser afirmativa, pues se ha de tener en cuenta que el art. 146.1 de la Ley de 26 de noviembre de 1992 dispone que “la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente” y, por tanto, cabe añadir que si la legislación sustantiva aplicable será la civil o penal será la jurisdicción de estos órdenes la que conozca cuando se demande a personas físicas exigiéndoles su responsabilidad civil o penal, teniendo esta jurisdicción fuerza atractiva si además se le exige responsabilidad a la Administración de la que dependan las personas físicas demandadas o acusadas».

A favor de la competencia de la jurisdicción civil, encontramos también las SSAP Soria 13 de marzo de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 1.353), Soria 21 de marzo de 1995 (Actualidad Civil, n.º 1.355), Alicante 28 de marzo de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 955) y Huesca 4 de septiembre de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 47).

En otras sentencias, no se entra a analizar este caso, advirtiendo únicamente las discrepancias de la jurisprudencia menor, incluso tras la Ley 30/1992: así la SAP Toledo 11 de octubre de 1995 (Actualidad Civil, Audiencias, n.º 152).

tura originó los daños reclamados, daños causados a una entidad particular en su esfera privada; hay pues, como ya observaron los Juzgadores de instancia, una *culpa in vigilando* o *in eligendo*, que se atribuye a la entidad demandada como empresario particular frente a los operarios que materialmente realizaron la obra de instalación de las tuberías accidentadas».

El TS no hace sino constatar que la responsabilidad civil extracontractual del empresario por sus dependientes tiene, en nuestro Derecho, una fundamentación subjetiva que deriva del último párrafo del art. 1903 C.c. (21). Situación ésta que contrasta abiertamente con la que se produciría de haber considerado competente la jurisdicción contencioso-administrativa y aplicable el régimen de responsabilidad del art. 40 LRJAE, donde la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos se configura de forma objetiva, con independencia de toda idea de culpa en la producción del daño.

El sistema de responsabilidad civil extracontractual de nuestro Código está dominado por el principio de culpa, que alcanza también al supuesto de responsabilidad del empresario. En este punto, es de destacar la circunstancia de no haber seguido el Código civil francés, que expresamente impidió a los amos y comitentes hacer uso de la prueba exculpatoria que sí era concedida al resto de responsables por hecho ajeno. Puede afirmarse, por tanto, que nuestro legislador quiso ser coherente con la regla «no hay responsabilidad sin culpa» en todos los casos de responsabilidad indirecta.

El Código civil parte de la consideración de que el empresario no es ajeno a la causación del daño y presume su participación, a través de una conducta negligente, en la producción del evento lesivo por el dependiente. Este esquema es seguido también en la sentencia, ya que se refiere a «la relación causal entre la culpa *in vigilando* que los Juzgadores atribuyen a la Corporación demandada y aquellos daños...». Aunque los autores directos del daño fueran los dependientes o funcionarios, el TS reconoce que la falta de vigilancia de la Corporación contribuyó también a la causación de los daños. El razonamiento seguido en la sentencia contribuye, sin duda alguna, a una mejor comprensión del precepto contenido en el último párrafo del art. 1.903 C.c.: no sólo se presume la culpa del responsable indirecto, sino también el nexo causal entre esa culpa y el daño cuyo autor directo es el dependiente. En consecuencia, cabe afirmar que al empresario no se le concede como única prueba exculpatoria posible la de probar haber observado la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, sino que también podría exonerarse de responsabilidad si demostrase la falta de nexo causal entre su conducta, negligente o no, y el daño infligido a tercero por el dependiente.

(21) La culpa del empresario es presumida, permitiendo el último párrafo del art. 1903 que se libere de responsabilidad si prueba haber empleado «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Esta concepción subjetiva del Código civil ha sido reafirmada con la reforma de 1991 sobre responsabilidad civil del profesorado, que ha dejado inalterado el último párrafo del art. 1.903 C.c. Sin embargo, no puede ocultarse que los viejos expedientes de la *culpa in vigilando* o *in eligendo* resultan hoy fácilmente criticables si nos atenemos al modo en que se desenvuelven las relaciones económicas y laborales en el seno de la empresa. En el plano jurisprudencial, se ha traducido en una línea de marcado rigor con el empresario, al que le resulta muy difícil, en la práctica, probar la diligencia requerida para no responder del daño causado por el dependiente (22). Y a partir de los años ochenta, es frecuente que las sentencias de la Sala 1.^a mencionen también la responsabilidad objetiva o por riesgo en casos de responsabilidad empresarial, aunque sin llegar a prescindir del fundamento culpabilístico (23).

(22) El inicio de esta dirección jurisprudencial se encuentra en la STS 24 de marzo de 1953 (RAJ n.º 913): «... si bien la responsabilidad civil dimanante de hechos culposos o negligentes realizados por un tercero a las órdenes de una empresa mercantil o industrial, es gobernada por el artículo 1903 con criterio subjetivo, a base de una presunción de culpa, que ésta puede enervar demostrando que ha empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el hecho culposo, la jurisprudencia viene imponiendo a la referida responsabilidad civil cierto matiz objetivista en el sentido de exigir una vigorosa prueba de la diligencia desplegada por el empresario en cada caso concreto para desvirtuar la presunción de culpabilidad, sin que a tal fin sea eficaz el mero cumplimiento formulario de preceptos reglamentarios que tienden a prevenir los siniestros, y en esta tendencia jurisprudencial es preciso insistir por razones de convivencia social que imponen una rigurosa aplicación del principio *neminem laedere*».

(23) Al respecto, pueden verse las SSTS 17 de noviembre de 1980 (RAJ n.º 4.206), 30 de abril de 1984 (RAJ n.º 1.926), 3 de julio de 1984 (RAJ n.º 3.792), 31 de octubre de 1985 (RAJ n.º 5.138), 10 de mayo de 1986 (RAJ n.º 2.678), 21 de septiembre de 1987 (RAJ n.º 6.188), 26 de diciembre de 1988 (RAJ n.º 9.817), 28 de febrero de 1992 (RAJ n.º 1.404), 30 de mayo de 1992 (RAJ n.º 4.832) y 2 de julio de 1993 (RAJ n.º 5.789).

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Silvia ALGABA ROS
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
M.^a José GARCÍA ALGUACIL
Gabriel GARCÍA CANTERO
Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA
Inmaculada HERBOAS MARTÍNEZ
Ana Isabel HERRÁEZ ORTIZ
Javier LARENA BELDARRAIN
Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ
Oscar MONJE BALMASEDA
M.^a Isabel MONDÉJAR PEÑA
Emiliano MUÑOZ DE DIEGO
Susana QUICIOS MOLINA
José Manuel DE TORRES PEREA

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. Fraude de ley. Requisitos.— La doctrina y la jurisprudencia han deducido del art. 6.4 CC la exigencia de dos requisitos: que concurra la norma llamada de cobertura, que es a la que se acoge el que intenta el fraude, con la norma «eludible» es decir, la que a través del fraude se pretende eludir en for-

ma fraudulenta, persiguiendo con ello que los actos realizados obtengan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico. Así se recoge entre otras, en las SS de 30 de noviembre de 1988 y 3 de noviembre de 1992. A mayor abundamiento, esta última sentencia declara que no puede incluirse dentro del concepto de «ordenamiento jurídico» a que se refiere el art. 6.4 CC, el correspondiente al ordenamiento contractual, y equipararlo al fraude de ley por infracción de norma imperativa o prohibitiva, ni puede considerarse el contenido contractual norma eludible o soslayable. Por lo tanto, los contratos que se declaren válidos no pueden equipararse a normas legales en el supuesto de que hubieren sido infringidos, ni su aplicación podría sustituir a la «ley eludible» que se deduce del último inciso del art. 6.4 CC.

Buena fe. Concepto.— Al igual que el de fraude, el concepto de buena fe se ha declarado por esta Sala que lo es de hecho, sujeto a la apreciación de los Tribunales de Instancia (SS, entre otras, de 30 de marzo de 1988 y 9 de octubre de 1993). Si bien otras sentencias como la citada y la de 5 de julio de 1990 declaran que no obsta aceptar que la buena fe es cuestión de hecho para considerarla a la vez concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal valorando los hechos que le sirvieron de origen.

Letras de favor o complacencia.— El sistema adoptado por la nueva Ley de 19 de julio de 1985, sobre la letra de cambio y el cheque induce a interpretar las letras de complacencia, en tanto no encubran hechos ilícitos, bajo un nuevo prisma o perspectiva, en cuanto el art. 1.º de aquella ley prescinde como requisito de la letra de cambio de la cláusula de valor (antes contenida en el art. 444, núm. 5 del CCO). Esta Sala ha declarado con anterioridad (S, entre otras, de 9 de octubre de 1958) que las letras de favor o complacencia no son instrumentos de un contrato de cambio, ni son un contrato causal, sino instrumento de otro subyacente del que trae su causa; en el caso que resuelve la Sentencia, la obtención de fondos por la entidad Mearbe S.A., o acaso para aquél a quien se entrega; pero es manifiesto que no puede invocarse la falta de provisión de fondos, puesto que precisamente esa falta es lo que caracteriza a esta clase de letras. Y en todo caso, su expedición nada tiene en sí de contraria a la moral o al orden público, por lo que caben dentro de la libertad de contratación que configura el art. 1255 CC.

Enriquecimiento injusto.— Las normas desarrolladas por esta Sala, sin reflejo en la Ley sustantiva, sobre enriquecimiento injusto pretenden corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, lo que en el caso que dio lugar a la sentencia no puede predicarse por basarse en un contrato válido, y no haberse acreditado con la nitidez requerida los sujetos de la transmisión patrimonial ni esta misma ni sus circunstancias, ni hay prueba alguna del vínculo de conexión suficiente entre el patrimonio que ha sufrido la pérdida y el que ha experimentado el beneficio. Así lo exigen la S de 28 de enero de 1956 y otras posteriores, pues no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado, o en virtud de un legítimo derecho que ejercita sin abuso. Al no haberse demostrado en el caso planteado los supuestos empobrecimiento ni el que debía ser correlativo enriquecimiento, no es posible acceder a esta acción ejercitada con carácter subsidiario en la demanda. (STS de 4 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don M.V.B. formula demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra la Caja Rural Provincial de Zamora y catorce más sobre validez de contrato de afianzamiento y otros extremos.

La sentencia de primera instancia estima la demanda en su petición principal, siendo revocada por la Audiencia que estima el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (A.G.B.)

2. Diferencia entre caducidad y prescripción.— Según ha tenido ocasión de declarar esta Sala en SS entre otras, de 30 de abril de 1940, 7 de diciembre de 1943, 17 de noviembre de 1948, 25 de septiembre de 1950, 5 de julio de 1957, 18 de octubre de 1963 y 11 de mayo de 1966, la caducidad o decadencia de derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya ejercitada, refiriéndose a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la diferencia de la prescripción, pues así como ésta tiene por finalidad la extinción de un derecho ante la razón objetiva de su no ejercicio por el titular, y a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo fijado, hasta el punto de que puede sostenerse en realidad que es de índole preclusiva, al tratarse de un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, de tal manera que transcurrido sin ejercitarlo impone la decadencia fatal y automática de tal derecho en razón meramente objetiva de no utilización.

Carácter no tasado de la prueba testifical.— Es doctrina reiterada y constante que la apreciación de la prueba de testigos es discrecional para el juzgador, no impugnabile en casación, al no contener los arts. 659 LEC y 1248 CC reglas de valoración probatoria o tasada, poseyendo mero carácter admonitivo, no preceptivo, aparte de que las reglas de la sana crítica a que se refiere el art. 659 de aquella Ley tampoco pueden citarse como infringidos, por no constar en norma jurídica positiva (SS de 9 de diciembre de 1981; 7 de diciembre de 1982; 31 de octubre y 26 de diciembre de 1983; 17 de febrero de 1984; 8 de mayo y 16 de septiembre de 1986; 13 y 14 de julio de 1987; 2 de diciembre de 1988; y 16 de febrero y 20 de julio de 1989, entre muchas otras).

Distinción entre términos o plazos sustantivos y procesales.— Como se ha dicho en S de 1 de febrero de 1982, constante la jurisprudencia de esta Sala, distinguiendo entre términos o plazos sustantivos y procesales tiene declarado (SS de 24 de marzo de 1987, 24 de octubre de 1903, 23 de enero de 1946, 21 de mayo de 1951, 11 de febrero de 1959, 14 de noviembre de 1962, 22 de mayo de 1965 y 25 de junio de 1968) que sólo ofrecen carácter procesal los que «tengan su origen o punto de partida en una actuación de igual clase» (S, ya citada de 25 de junio de 1968), o sea que sólo tienen carácter procesal los que comienzan a partir de una notificación, citación, emplazamiento o requerimiento, pero no cuando se asigna el plazo para el ejercicio de una acción. (STS de 10 de noviembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Don F.R.Q., como miembro de la Asociación de Propietarios de Eurovillas formuló en 2 de septiembre de 1987 demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra dicha Asociación, por la que impugnaba el acuerdo adoptado en Asamblea General Extraordinaria de 25 de mayo de 1986 para la compra del inmueble Hotel Parada de Castilla, al entender que por tratarse de una adquisición especulativa, excedía los fines fijados en el art. 3 de los Estatutos de la mencionada Asociación, habiendo tenido conocimiento de dicho acuerdo el 19 de junio de 1987. La Asociación se opuso alegando, entre otras razones, la caducidad de la acción ejercitada, bien por el plazo de impugnación de 72 horas previsto en el art. 24 de los Estatutos, ya por los 40 días que determina el art. 12 del Decreto de 20 de mayo de 1965.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la caducidad y estimó la demanda, en el sentido de que el acuerdo no era obligatorio para el demandante, ni le vinculaban las consecuencias económicas del mismo. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia confirmó la sentencia recurrida, entendiendo que las 72 horas sólo cumplen funciones de informar del propósito impugnatorio, sin constituir requisito jurídico procesal para el ejercicio de la acción. Prospera el recurso de casación. (A.G.B.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Daño moral causado a centro educativo por carta publicada en prensa periódica: Protección de derechos fundamentales: compatibilidad de acciones.— Aun cuando los arts. 11 y 13 de la Ley de 26 de diciembre de 1968, permitan entender que las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales deben acogerse al procedimiento incidental, ello no significa una incompatibilidad absoluta con la utilización de las «vías procesales ordinarias» de que habla el art. 9 de la Ley orgánica 1/1982, toda vez que las acciones sobre protección de los derechos fundamentales y responsabilidad extracontractual no se excluyen entre sí, y pueden ejercitarse conjuntamente en un mismo procedimiento, como ocurre en el presente caso en que en el súplico de la demanda se hacía constar que la indemnización pretendida se basaba, asimismo, en la concurrencia de la culpa extracontractual, derivada de los arts. 1902 y 1903 CC, que resulta acogido en la sentencia como «ataque contra la fama y prestigio profesional» de la entidad actora, presupuesto que no cabe equiparar a los conceptos de «honor, intimidad personal y familiar y propia imagen».

Comportamiento negligente del periódico: publicación de carta carente de firma: inexistencia de «reportaje neutral».— Basta atender a los particulares de la carta para comprender que sus manifestaciones y calificativos, objetivamente considerados, afectaban a la dignidad, fama y prestigio del Centro de Estudios S.F. cuyas expresiones, que superaron la crítica a un centro de enseñanza, constituyeron una acción dañosa, sin que la carta publicada pueda considerarse «reportaje neutral», sin perjuicio de constatar el comportamiento negligente del periódico al publicar una carta del expresado tenor y carente de firma, sin ninguna comprobación acerca de la realidad de los da-

tos de su remitente, e, incluso, sin intentar realizar una mínima investigación sobre la posible veracidad de las imputaciones vertidas, dada la índole de las mismas, siendo innegable la existencia de un daño moral del que pueden ser víctimas también las personas jurídicas.

Solidaridad.— En relación con el art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, es de reiterar la consolidada doctrina de la Sala (SS de 7 de marzo de 1988, 20 de febrero y 11 de diciembre de 1989 y 4 de junio de 1990), a tenor de la cual la norma sobre responsabilidad solidaria de autores, directores y editores, no puede estimarse derogada tácitamente al no contradecir el espíritu de la Constitución, ni coartar el derecho de libertad de información y comunicación, pues contempla únicamente una cuestión de puro y estricto derecho obligacional, teniendo carácter reparador y no sancionador; y al considerar el Tribunal sentenciador que la responsabilidad de la empresa editora era directa, ello no resulta incompatible con la circunstancia de que la carta en cuestión no estuviera realmente firmada, ni correspondiese a persona que respondiera por el nombre que se hacía constar en la misma, ni con DNI como el reflejado, que pertenecía a otro ciudadano, pues con base en el art. 1902 se declara la solidaridad con el Director, al haberse cometido una acción dañosa contra la fama y prestigio profesional de la entidad actora. (STS de 14 de diciembre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Un estudio sociológico sobre el contenido de la sección «Cartas al Director» de la prensa diaria podría arrojar datos interesantes según se trate de periódicos de difusión nacional, regional o local en relación con los temas tratados; en todo caso, la función de aquélla es diferente en un régimen de libertades públicas restringidas o de plena democracia; si en este último tal sección sirve de cauce a la opinión pública sin cortapisas ni existencia de temas «tabúes» o censurados, no cabe olvidar las limitaciones constitucionales del ejercicio de la libertad de expresión, tema sumamente conflictivo sobre el cual ha debido pronunciarse el TC y el TS. Parecen claros los hechos básicos de la demanda; un periódico -que por ser «de provincias» la acoge probablemente con mayor facilidad que si fuera de difusión nacional-pública una extensa carta en la que se vierten graves acusaciones contra un centro de enseñanza; el periódico no realiza la más mínima investigación para comprobar la identidad del autor ni la veracidad de los hechos. La S (Pte. Barcala Trillo-Figueroa) rechaza el recurso interpuesto por los demandados y sienta la doctrina extractada. Destaca la modicidad de la indemnización concedida (se piden cinco millones y se otorgan dos). No hay novedad en admitir la indemnización del daño moral a las personas jurídicas (sobre el tema véase la monografía de Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN, *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Madrid 1996, con exhaustivo análisis de la jurisprudencia del TS y del TC; v. especialmente las conclusiones p. 317 ss); la compatibilidad, en general, de acciones se acepta comúnmente por la doctrina (así RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ, *Elementos*, I-2.º, Barcelona 1983, p. 58), aunque advirtiendo el distinto régimen de la prescripción de cada acción; quizá llame la atención la reafirmación de la vigencia del art. 65.2 de la pre-constitucional Ley de Prensa

e Imprenta de 1966, aunque se trata de doctrina reiterada que aplica la solidaridad entre los responsables del acto ilícito civil. (G.G.C.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Cláusula penal.— Declarada la existencia de un incumplimiento parcial, no total, cabe hacer uso de la facultad moderadora que confiere al Juez el art. 1154 CC.

Intereses.— No cabe la condena al pago de intereses, como indemnización de daños y perjuicios, cuando se reclama una cantidad resultante de la aplicación de una cláusula penal pactada para el caso de incumplimiento en sustitución de la indemnización de daños y perjuicios.

Intereses procesales o ejecutorios.— En caso de conformación de la sentencia de primera instancia, se devengan aún sin petición expresa. En caso de revocación parcial, si no se dice otra cosa, se aplican sobre la cantidad reconocida desde la fecha de la sentencia de apelación. (STS de 25 de enero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— El recurso de casación dimana de un contrato de instalación y explotación de ocho armarios metálicos entre la sociedad recurrente y la sociedad hotelera, en el que aquella se comprometía a instalarlos y ambas fijaron el precio. El pacto tenía una duración de cinco años y contenía una cláusula penal. Llegado el día 30 de noviembre de 1986, la arrendataria dio por finalizado el contrato y la arrendadora formuló demanda en la que suplicó que se condenase a la sociedad hotelera a pagar la cantidad de once millones ochocientas cuarenta y nueve mil novecientas sesenta pesetas de principal, en concepto de cláusula penal sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios generados por el incumplimiento contractual de la sociedad hotelera.

El Juez de Primera Instancia condenó al pago de la suma total reclamada. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y redujo la condena a la cifra de dos millones de pesetas, por aplicación a la cláusula penal pactada de la facultad moderadora del art. 1154 CC, en los casos de cumplimiento parcial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (A.C.S.)

5. Cláusula *rebus sic stantibus*.— Según el fallo del Tribunal Supremo, la entidad recurrida ha infringido la ley del contrato o contratos concertados con la recurrente, quebrantando su obligatoriedad y faltando a lo que en defecto de pacto mandan la buena fe, el uso y la ley y al proceder unilateralmente en el cumplimiento del contrato.

Es igualmente inaplicable al supuesto contemplado, la doctrina de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, al no ser en modo alguno imprevisibles las modificaciones en el contenido de las prestaciones, ni resultar extraordinarias o exorbitantes fuera de todo cálculo, que hicieran ciertamente desproporcio-

nadas las prestaciones de las partes contratantes, como así lo han venido exigiendo numerosas sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (entre las últimas, 23 de abril y 18 de julio de 1991, 6 de noviembre de 1992 y 24 de junio de 1993).

Por otra parte, es indudable que imponer el cumplimiento de un contrato válidamente pactado, no contraviene de ninguna manera la protección que merecen los usuarios y consumidores del servicio cuestionado en este caso, (suministro de energía eléctrica), ya que la Ley General que protege a este numeroso sector de población, de 18 de julio de 1984, señala en su art. 7 y en su Exposición de Motivos, que los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, deberán ser respetados como establece esa Ley, pero «aplicándose además, lo previsto en las normas civiles y mercantiles». (STS de 19 de noviembre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Bilbao fueron vistos los autos de juicio de mayor cuantía sobre reclamación de cantidad, dictándose sentencia con fecha de 18 de junio de 1991, estimando íntegramente la demanda interpuesta. Contra dicho fallo, la parte condenada interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, la cual dictó sentencia con fecha 28 de mayo de 1992, estimando parcialmente el mismo. Finalmente, el demandante en primera instancia interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual estimó el mismo, confirmando el primer fallo en su totalidad. También la parte demandada recurrió en casación, pero su recurso fue declarado caducado en el oportuno trámite. (J.L.B.)

6. La acción rescisoria: definición.— De acuerdo con el art. 1294 CC, la acción rescisoria consiste en un remedio subsidiario que disponen los acreedores, con el fin de proteger y obtener la efectividad de sus créditos sobre los bienes del deudor demandado.

Presupuestos para su ejercicio.— Dichos presupuestos son los siguientes:

a) Que el acreedor no pueda por otro medio cobrar la deuda. Es preciso que la causa de la insolvencia del deudor, se encuentre en los actos de disposición celebrados por aquél, después de la existencia del crédito.

b) Además de lo anterior, está el presupuesto del fraude de acreedores, esto es, por mejor decir, que el efecto querido por el deudor al celebrar el acto de disposición, no es sino el de perjudicar al acreedor.

Interesa destacar que, a pesar de la concurrencia de estos presupuestos, la rescisión no tendría lugar cuando los bienes perseguidos hayan pasado a tercero de buena fe.

La prueba de la existencia del fraude de acreedores.— De la prueba del segundo presupuesto anteriormente enunciado, se ocupa el art. 1297 CC, el cual presume celebrados en fraude dos supuestos. Tal precepto no debe considerarse cerrado, en tanto que impida contemplar otros supuestos distintos de los expresamente previstos, en los que la existencia de fraude de acreedores resulte suficientemente probada. (STS de 10 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Por escritura pública de 31 de agosto de 1988, inscrita en el Registro, la sociedad S. vendió una finca a Doña Rocío, que estaba casada con el socio y secretario del consejo de administración de la mencionada sociedad. Poco tiempo después, recayó sentencia de 19 de noviembre de 1988 condenando a la sociedad S. a pagar al actor Don Rolan la suma debida de 107.292,63 marcos alemanes. No obstante, en ejecución de esta sentencia no se logró embargar ningún bien propiedad de la sociedad deudora. Rolan demandó a la sociedad S. y a Doña Rocío pidiendo que se declare la rescisión por fraude de acreedores de esta venta, y que se ordene la cancelación del asiento registral. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso. (*E M.d.D.*)

7. Pago indebido de cheque.— En esta sentencia se enjuicia la reclamación de daños y perjuicios que el pago de unos cheques nominativamente librados, efectuado por la entidad bancaria, a un sujeto que carecía de poder para realizar el cobro, originan a la persona a cuyo favor fue emitido.

Aunque el TS no se pronuncia sobre el carácter indebido del pago, ya que el recurso de casación se plantea por el recurrente por una pretendida aplicación indebida del art. 1903 CC, ante la compensación de culpas apreciada en apelación, de acuerdo con el fallo, parece que el pago efectuado por el Banco fue un pago indebido, acto que causa un daño a la demandante cuantificado en el valor de los cheques.

Para que el pago del cheque efectuado por el Banco fuera válido y liberatorio, se requiere no sólo la posesión del documento (art. 1164 CC), sino que el Banco pagador se asegure de la identidad del tenedor, y que la persona que presenta al cobro el cheque, es aquella a cuyo nombre se ha expedido, es decir, debe comprobar la identidad del tenedor, y su coincidencia con el sujeto a cuyo favor la orden de pago es emitida, y en caso de no coincidir, que el tenedor del documento, acredite su legitimación para el cobro a través del oportuno poder.

Planteada la cuestión como una falta de legitimación para realizar el cobro, a lo largo de la sentencia, se hace referencia a la consideración negligente de que quien cobraba era un factor notorio. Dado el carácter del fallo, debemos entender que el cobrador no era un factor notorio, en sus relaciones comerciales con el Banco, puesto que serlo, tal vez habría sido de aplicación el art. 286 CCO de acuerdo con el cual, para el supuesto de contratos celebrados por el factor que notoriamente pertenezca a un establecimiento conocido, se entenderán hechos por cuenta del principal, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlo, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento...

En cuanto a los efectos que produce este pago indebido, parece que, además de la posible acción que pudiera corresponder al librador de los cheques, habida cuenta que su entrega no le liberó de su obligación, a tenor del art. 1170 CC, cabe también la posibilidad de ejercitar una acción exigiendo la responsabilidad extracontractual por los daños originados al sujeto a cuyo nombre se emitió el cheque indebidamente pagado.

Compensación de culpas.— Planteado el recurso de casación sobre la base de la aplicación indebida del art. 1903 CC, el TS aprecia una conducta culposa en la empresa, basándose en que sin la cooperación de la negligencia del legítimo titular nominativo de los cheques, no se habría verificado la indebida percepción de su importe por persona no autorizada para recibirlo. Como hechos que permiten apreciar esa negligencia empresarial, consta en autos, que durante más de diez años el cobrador de los cheques había desviado fondos a su favor por más de setenta millones de pesetas, y que se encontraba autorizado para realizar pagos y cobrar el precio de las mercancías vendidas.

Apreciada la actuación culposa del perjudicado, considera el TS que el recurrente, ha de permitir la computación de la culpa de su auxiliar como propia, en la medida en que le afecte un deber de seguridad del tráfico negocial y en este caso el auxiliar actuó, sin poder ni autorización alguna, dentro de la esfera de riesgo para el que regía este deber de diligencia en el tráfico.

Como preceptos que justifican la imputación de la responsabilidad a la empresa, se alegan por un lado los arts. 1727 y 1725 CC, en los que se prevé como el representado responderá de la culpa de su representante, y por otro se alude al art. 1903 párrafo 1 y 4 del mismo cuerpo legal, así como al art. 22 del CP, todos ellos permiten imponer a una persona la responsabilidad por la conducta de sus auxiliares y dependientes. (STS de 9 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— «Colebega S.A.» interpone demanda sobre reclamación de cantidad por indemnización de daños y perjuicios, contra el «Banco de Bilbao Vizcaya, S.A.» reclamando el importe de cinco cheques librados a su favor nominativamente, pagados de forma indebida a un auxiliar suyo carente de poder para cobrarlos, y que ascienden a 7.765.264,- Pts. más los intereses legales de esta suma.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, y en apelación la Audiencia Provincial estima en parte el recurso, y condena al Banco demandado a satisfacer la mitad del importe de los cheques, apreciando la concurrencia de culpas que da lugar a su compensación.

Se plantea el recurso de casación sobre la base de la aplicación indebida del art. 1903 CC, en relación con la culpa o negligencia de «Colebega, S.A.». (M.^a I.M.P.)

8. Los requisitos de la dación en pago.— Tres requisitos son necesarios para que la dación en pago exista. En primer lugar, es preciso que haya entrega del dominio, realizada por el deudor, para pagar de este modo la totalidad de la deuda; en segundo lugar, es menester que el acreedor consienta la modificación de la prestación originalmente estipulada y, por último, es preciso que su regulación se acomode al régimen jurídico de la compraventa, dada la falta de una normativa de la dación en pago.

El ámbito de aplicación y el carácter subsidiario del art. 1282 CC.— Nos hallamos ante un precepto que no posee un alcance general, en el sentido de que no es aplicable a los contratos verbales de términos ignorados, en realidad, su ámbito de aplicación queda reducido a la interpretación de los contratos escritos.

Hay que tener presente también su carácter subsidiario respecto del contrato, es por lo que sólo debe recurrirse al criterio interpretativo que el precepto ahora en cuestión establece, en el caso de que los términos de las cláusulas no sean claros. (STS de 17 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Con motivo de las relaciones comerciales existentes entre la entidad actora, llamada F., y los demandados titulares de la peletería B., ésta última suscribió un documento en el que reconocía la existencia de una deuda a favor de la actora. Los demandados procedieron a devolver mercancía a la actora para pagar este crédito, pero discreparon ambas partes sobre la valoración del género mientras los demandados consideran pagado totalmente el crédito, la actora, en cambio, lo considera pagado parcialmente. La consecuencia de ello es que tal género quedó depositado en una agencia de transportes a disposición de la vendedora, sin que ésta lo haya retirado. Reclamaba la actora una determinada cantidad de dinero por la diferencia entre la deuda reconocida y el valor del género devuelto y por el precio de varios pedidos que ésta le sirvió. Los demandados se opusieron a la demanda sosteniendo que no adeudaban cantidad de dinero al actor, ya que, respecto de la primera, alegaron devolución de género y, por lo que se refiere a la segunda, pago mediante talones y letra. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia revocó parcialmente el fallo del Juzgado y condenó a uno de los demandados a pagar al actor la deuda reconocida, pudiendo éste retirar la mercancía depositada, pero, absolvió a los otros demandados. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación de los demandados. (E.M.d.D.)

9. **Transacción.**— Existe cuando se sustituye la relación jurídica sometida a juicio por otra precisa y efectiva, cual es el positivo abono de la deuda reclamada judicialmente.

Asunción voluntaria de deuda.— Si bien carece de regulación precisa en nuestro Código, salvo la referencia genérica de sus preceptos 1112 y 1205, ha sido integrada por la Jurisprudencia de la Sala, ya que se ha declarado que opera ocasionando la sustitución del deudor originario por el posterior, que voluntariamente asume la obligación de satisfacer la deuda, liberándose el primero.

Aceptación de la asunción de deuda por el acreedor.— No cabe sea en forma tácita o presuntiva, sino expresa y decidida. No ha de coincidir con el acto jurídico asuntivo, sino que puede ser posterior, pero debidamente manifestado. La aceptación por el acreedor del pago realizado por el deudor sustituto expresa una clara conducta de aceptación ratificadora y adhesiva al negocio de sustitución deudora.

Pago de deuda ajena.— No lo es el realizado en virtud de la asunción voluntaria de deuda.

Renuncia expresa a obtener el reintegro de lo pagado.— No es condición necesaria para producirse la asunción voluntaria de deuda.

Renuncia de derechos.— No lo es la asunción voluntaria de deuda. (STS de 13 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— El demandante, junto con otros dos socios, había constituido la entidad recurrida «Cotos Extremeños de Caza S.A.». Dicha sociedad adeudaba al Banco Exterior de España diez millones de pesetas, figurando los tres socios como fiadores solidarios en la correspondiente Póliza de Crédito. Desatendida y reclamada judicialmente la mencionada deuda, el demandante otorga, en una misma fecha y con los otros dos socios, tres documentos: el primero de ellos contenía un contrato transaccional, por el cual se acordó el pago de la deuda contraída por la sociedad con el Banco Exterior, y, según la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo, la asunción de esa deuda por el demandante y otro de los socios al cincuenta por ciento y sin contraprestación establecida de su pago, quedando excluido el tercer socio por haber satisfecho con anterioridad deudas de la sociedad de valor análogo; el segundo documento era una escritura pública mediante la cual el demandante y su esposa vendían a la sociedad demandada una finca de su propiedad que la mencionada compañía explotaba como arrendataria, y el tercero consistía en una escritura pública mediante la cual el demandante vendía sus acciones en la empresa a sus consocios, quedando apartado de la sociedad. El demandante abonó al Banco Exterior, a su exclusivo cargo, la totalidad de la deuda más los intereses, gastos y costas, y, pasados más de dos años desde el pago, reclamó judicialmente a la sociedad, solicitando que fuera condenada a pagarle 15.049.015.- pesetas, más los intereses legales, como consecuencia del pago relatado y del contrato transaccional. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso planteado por el demandante.

NOTA.— Algo confusa nos parece la argumentación desplegada por el Tribunal Supremo para resolver el caso relatado, aunque no podamos objetar nada al fallo, y mucho menos sin tener a la vista el documento en que se formalizaba el acuerdo transaccional. En este sentido hemos de decir que no estamos de acuerdo en que la transacción pactada entre los socios implicara una asunción voluntaria de deuda, y tampoco que esa transacción tuviera como finalidad la de poner fin al litigio existente entre el Banco Exterior y la sociedad demandada.

Efectivamente, el primero de los documentos relacionados por el Tribunal Supremo parece contener una transacción, o al menos así parece resultar de las cláusulas transcritas en la sentencia, pero la finalidad perseguida con esa transacción no parece que sea la de poner fin al litigio aludido por el Alto Tribunal, sino en todo caso la de evitar la provocación del pleito que podría plantearse entre el tercer socio y los que se comprometen a afrontar en exclusiva la deuda contraída con el Banco Exterior, como consecuencia del crédito que ese socio ostenta-

ba frente a los otros dos «por haber satisfecho con anterioridad deudas de la sociedad de valor análogo» a la contraída con el Banco Exterior. En consecuencia creemos que el Tribunal Supremo se equivocó al identificar la causa extrínseca o motivo determinante de la obligación contraída por los dos socios.

En cuanto al contenido del pacto calificado por el Tribunal Supremo como transaccional, tampoco creemos que consista en la asunción, por los dos socios, de la deuda contraída por la sociedad con el Banco Exterior; más bien nos parece que el efecto del mencionado pacto era mucho más modesto, limitándose a regular las relaciones existentes entre los socios, y no precisando, por tanto, de consentimiento alguno a cargo de la entidad acreedora. Simplemente se reconoce la existencia de la deuda y su configuración (la sociedad es deudora y los socios responden como fiadores solidarios), comprometiéndose dos de los socios frente al tercero a verificar el pago y a alterar las consecuencias que, en sus relaciones internas, se derivarían de ese pago.

Vistas así las cosas resulta posible prescindir de la artificiosa construcción llevada a cabo por la sentencia para considerar la aceptación del pago por el Banco Exterior como «una clara conducta de aceptación ratificadora y adhesiva al negocio de sustitución deudora que contiene la transacción». Semejante conclusión nos parece poco convincente, y desde luego no creemos que entre el pago y la aceptación de la sustitución deudora exista el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano a que se refiere el art. 1253 CC. El Banco se limita a aceptar el pago, en primer lugar, porque no alcanzando su interés sino al cumplimiento íntegro y conforme de la obligación, ninguna norma le autoriza a rechazarlo, aún cuando procediera de un tercero y se verificara contra la voluntad del deudor, como se deduce del art. 1158 CC; pero también, en segundo lugar, porque en el caso que nos ocupa quien paga es un miembro de la sociedad deudora que, además, es fiador solidario de la obligación. En cualquier caso, lo normal es que el acreedor ignore la existencia de un pacto transaccional que, además, le es absolutamente indiferente, al limitar sus efectos a la esfera de quienes lo han suscrito.

Tampoco es necesario acudir a la tesis del cambio de deudor para obtener la conclusión pretendida por el Tribunal Supremo, puesto que bastará con entender que el acuerdo transaccional despliega sus efectos en la relación interna que vincula a los deudores para concluir que el demandante sólo puede reclamar la mitad de lo pagado al socio que se obligó con él en virtud del mencionado pacto, rechazando la posibilidad de que pueda repetir contra la sociedad o contra los otros dos socios. (L.M.L.F.)

10. Acción de enriquecimiento injusto: ejercicio acumulado a la acción *ex contractu*: Subsidiariedad: Fundamento en la equidad.— Tras una vacilante doctrina anterior de esta Sala se ha terminado por adoptar el criterio, que aquí se ratifica, de que la acción de enriquecimiento injusto no tiene naturaleza subsidiaria, por lo que su ejercicio no precisa necesariamente que se lleve a cabo en forma de subsidiariedad, sino que puede concurrir con otras

confluyentes (SS de 19 y 20 de mayo de 1993); con base exclusivamente en la equidad no puede estimarse una acción de enriquecimiento injusto, cuando no concurren los requisitos exigidos para su viabilidad.

Requisitos: Mala fe del enriquecido.— Para la aplicación de la institución del enriquecimiento injusto no es necesario que exista negligencia, mala fe o acto ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que resulta compatible con la buena fe (SS de 23 y 31 de marzo de 1992 y 30 de septiembre de 1993); por otro lado, la existencia de dolo o mala fe por parte del demandado, aunque puede dar lugar a otro tipo de responsabilidades, no basta por sí sola para dar vida a la figura del enriquecimiento injusto si no concurren todos los requisitos que condicionan su existencia; el hecho de que el arrendador conociera y consintiera las obras realizadas en su nombre por la arrendataria no permite calificar la conducta de aquél de mala fe, abuso de derecho o fraude de ley.

Empobrecimiento del perjudicado.— El ejercitante de la acción de enriquecimiento ha de probar haber sufrido un real y efectivo empobrecimiento, bien por daño emergente, bien por lucro cesante, lo que no ha ocurrido en este caso, pues al haber sido condenada la arrendataria y su avalista al pago de las obras realizadas en la finca, no cabrá hablar de empobrecimiento de la actora hasta que no se acredite lo infructuoso de la condena, lo que se comprobará en ejecución de sentencia.

Correlación entre empobrecimiento y enriquecimiento.— No existe, en este caso, entre el hipotético empobrecimiento de la entidad actora (todavía no consumado) y el enriquecimiento hipotético que experimentaría el arrendador de la finca (titular en pleno dominio de la mitad indivisa de la finca y usufructuario vitalicio de la obra mitad) en la que se realizaron las obras cuyo importe se reclama y a cuyo pago se condena a la arrendataria que las encargó y al avalista de la misma, pues aquél no ha mantenido relación de ninguna clase con la entidad actora. (STS de 14 de diciembre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Un defectuoso ejercicio procesal de la acción ha impedido, probablemente, estimar una acción de enriquecimiento, respecto de la cual hay bastantes indicios de procedencia. Los hechos envuelven cierta complejidad; Don Pedro, es padre, suegro y abuelo de algunos de los intervinientes en el proceso, ostenta la plena propiedad de la mitad de una finca y el usufructo de la otra mitad; esta finca la ha arrendado a su hijo Plácido y a su esposa M.^a Paz para que instalen una fábrica de embutidos con plena autorización del arrendador; fallecido Don Plácido sus seis hijos heredan en nuda propiedad la mitad indivisa de la referida finca, cuya explotación es continuada por su madre; Doña M.^a Paz contrata con la empresa TECOSA la realización de determinadas obras de ampliación para cuyo pago acepta determinado número de letras de cambio con el aval de Don Angel; a su vencimiento las letras quedan impagadas, La empresa constructora se quereña por estafa contra Doña M.^a Paz, pero la AP deja sin efecto el auto de procesamiento; simultáneamente el arrendador ejercita con éxito una

acción de desahucio por falta de pago contra su nuera. La empresa constructora solicita la condena solidaria al pago del importe de las obras contra Doña M.^a Paz, sus seis hijos, Don Plácido y el avalista. Tanto en primera como en segunda instancia se estima la demanda contra Doña M.^a Paz y el avalista, pero se desestima la ejercitada contra Don Pedro y sus seis nietos. El recurso de casación gira en torno de la acción de enriquecimiento.

El carácter autónomo de la acción de enriquecimiento parece aceptado por la doctrina española moderna; escribe DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos*, I, 4.^a ed. Madrid 1993, p. 105) que «en términos generales debemos sostener que no existe en nuestro Derecho ninguna razón de fondo que determine la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento y que ésta no sea compatible con otras acciones que puedan coincidir en los resultados que con ella se pretende obtener. Puede darse, por consiguiente, un concurso de acciones, en el que tampoco hay nada en nuestro Derecho que obligue a los interesados a optar por una u otra, de forma que la regla general debe ser la posibilidad de acumulación de las acciones». Me parece que lo aquí procedente hubiera sido una acumulación alternativa (o la arrendatario y su avalista abonar el importe de las obras realizadas en la finca, o el arrendador responde del injusto enriquecimiento que ha experimentado su patrimonio al recibir la finca con instalaciones modernizadas); no hay relación contractual entre arrendador y contratista, ni tampoco se trata de responsabilidad por acto ilícito.

En cambio parece discutible la declaración contenida en el FD 6.^o que niega la existencia de correlación entre el hipotético empobrecimiento del constructor (que se concretará sólo en el caso de que la ejecución de la sentencia condenatoria sea infructuosa) y el enriquecimiento del arrendador al recuperar la finca con las obras incorporadas. No faltan autores que sostienen que el nexo de causalidad no parece tener sentido al independizarse la acción de enriquecimiento de cualquier idea de culpa (así ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada 1989, p. 91), o bien que relativizan su importancia, como LACRUZ (*Elementos*, II-3.^o, 2.^a ed. p. 641) para quien lo decisivo no es la relación directa entre empobrecimiento y enriquecimiento sino la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre el patrimonio que ha sufrido la pérdida y el que ha experimentado el beneficio.

La S anotada niega la existencia de mala fe en el arrendador, sin embargo, la existencia de estrechos vínculos de parentesco con otras partes implicadas puede inducir la existencia de algún tipo de acuerdo entre arrendador y arrendataria para eludir la acción del acreedor por las obras realizadas. Y lo que no puede negarse es que el arrendador y los nudo propietarios de la finca van a resultar enriquecidos, sin causa aparente que pueda justificar el enriquecimiento, por la actuación de la arrendataria unida por parentesco de consaguinidad y de afinidad en primer grado, con el arrendado y otros demandados. De haberse planteado adecuadamente la demanda, considero que concurren los requisitos de la acción de enriquecimiento, o, al menos, de una *actio in rem verso* a que se refiere LACRUZ (*Elementos loc. cit.* p. 640 ss.). (G.G.C.)

11. Las condiciones para solicitar judicialmente de los acreedores la quita y espera de las deudas.— La S de 12 de febrero de 1905 establece que «el derecho concedido al deudor por el art. 1912 para solicitar de sus acreedores quita y espera de sus deudas se halla subordinado al precepto del art. 1913, al establecer que cuando su pasivo fuese mayor que el activo y haya sobreesido el pago de sus deudas corrientes deberá presentarse en concurso, precepto que implica la imposibilidad en que se halla el deudor de utilizar aquel derecho desde la publicación del Código, una vez colocado en dicha situación». Quiere decirse que con un activo superior al pasivo, el deudor, al solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera, o cualquiera de las dos cosas, se ajustó a lo dispuesto en el art. 1912 CC, pero al añadir dicho artículo que «no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho sino en los casos y en la forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil», el Juzgado aplicó correctamente su art. 1142 en cuanto ordena que «se tendrá por desechada la proposición de quita o espera cuando no concurren acreedores en número suficiente para constituir la Junta, o no reúna a su favor las dos mayorías expresadas en la regla 6.ª del art. 1139, aunque tampoco las reúna el voto contrario», señalando el artículo siguiente, el 1143, los efectos que se producen en tal caso, a saber: ... «quedar terminado el incidente sin ulterior recurso, y los interesados en libertad para hacer uso de los derechos que puedan corresponderles», que no son otros para los acreedores que el acudir a las ejecuciones individuales.

El art. 1913 CC como limitación a la facultad del deudor de acudir al concurso voluntario de acreedores.— Nunca puede acudir el deudor al concurso sin encontrarse en la situación o en los términos claros y precisos que previene el art. 1913: pasivo mayor que el activo y dejado de pagar sus obligaciones corrientes, pues el paso de la quita y espera al concurso sólo se produce si en aquélla se hubiera llegado a un convenio y el deudor lo incumpliere, supuesto en el que, según el art. 1155 LEC, ... «recobrarán los acreedores todos los derechos que contra aquél (el deudor) tenían antes del convenio», pudiendo el deudor «ser declarado en concurso necesario a instancia de los acreedores o de cualquiera de ellos, aunque no haya pendiente ninguna ejecución contra el mismo». Ocurre, pues, que los recurrentes no admiten que el art. 1913 CC modifica la regulación de la LEC, sobre el concurso de acreedores, que sólo dice que el concurso es voluntario si lo promueve el deudor y necesario si lo promueven los acreedores (art. 1156), pero para que aquél pueda presentarse en concurso han de cumplirse obligatoriamente los dos requisitos que exige el CC, según ha quedado expuesto, sin que la normativa citada admita un nuevo género de concurso, cual el motivo pretende sin base legal alguna, todo ello sin perjuicio de los pactos extrajudiciales a que pueda llegar el deudor con los acreedores, a virtud del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 CC. (STS de 4 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca solicitud de concurso voluntario de acreedores, acompañando al efecto la relación de bienes con expresión de su valor, relación de deudas y memoria consignando las causas que motivaban la misma. El Juzgado desestima la solicitud al resultar el activo superior al pasivo. Se apela dicha resolución ante la Audiencia Provincial

de Barcelona, quien en su resolución confirma el fallo de Primera Instancia, señalando que se trata de un procedimiento de ejecución general en el que, si los bienes del deudor son suficientes para pagar a todos sus acreedores, no sería necesario proceder al reparto conjunto y sería ociosa toda la regulación de la quita y espera. Recurrido en casación el auto desestimatorio del citado órgano jurisdiccional, el Tribunal Supremo actuando de oficio, señala que los autos que admiten o deniegan la situación concursal no son susceptibles de recurso de casación, al no poder incardinarse en los supuestos del art. 1687, se declara, por tanto no haber al lugar al recurso, y se imponen las costas del mismo a los recurrentes. (A.I.H.O.)

12. Opción de compra.— La doctrina jurisprudencial civil viene estableciendo de forma reiterada, que la opción de venta, al carecer de propia regulación en el CC, se configura como una relación jurídica atípica y que tiene un precisado desarrollo dinámico, ya que se exige que el optante ejercite dentro del plazo convenido el denominado derecho de opción proyectado a la compraventa convenida, y que actúa a modo de facultad derivada y de condición dispositiva, prestando así de forma expresa y vinculante para el cedente su consentimiento, que, aunque postergado, se actualiza de esta manera y determina la consumación o extinción de la opción, por cuanto el optatario, una vez recibida la manifestación positiva del interesado en este sentido, queda obligado y debe cumplir con lo que se comprometió y también a su cooperación para la celebración formal del contrato de compraventa, que surge desde dicho momento, pues basta la expresión de voluntad del optante para que dicha compraventa quede perfeccionada y en estado de ejecución, sin precisar de nuevos convenios posteriores y de tal manera que las discrepancias o incidencias que puedan surgir después entre los contratantes hay que residenciarlas como dice la sentencia de 22 de noviembre de 1993 en el ámbito del cumplimiento del contrato de compraventa perfeccionado y único ya realizado y vinculante para las partes, pues existe concurrencia de consentimientos del vendedor y comprador, objeto y precio.

Caducidad de la opción de compra.— En el caso discutido quedó probado que la recurrente ejercitó en plazo su derecho de opción, lo que acredita el telegrama remitido y recibido, pero tal comunicación sólo opera en cuanto es expresiva de su interés o intención manifiesta de ejercitar el derecho opcional que le correspondía, pero resulta un despliegue de voluntad incompleto, toda vez que no cumplió lo convenido en la exigencia impuesta y pactada de que el precio de los 7.500.000 fuera pagado, y por tanto efectivamente desembolsado, en aquel momento, con lo que se marginó y fue conculcado el convenio. De esta forma la opción perdió toda su eficacia, y ha de reputarse caducada, al tratarse de una obligación asumida que obligaba de forma tajante y concluyente al optante a cumplirla en aquel preciso momento y sin facultades para postergarla, ya que no se pactó y de esta manera se infringió el art. 1256 CC. (STS de 6 de febrero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— La recurrida Doña Antonia G.C. por medio de documento privado de fecha 2 de diciembre de 1988 otorgó al actor Don Carlos M.B opción de compra de la finca urbana por el plazo de un

mes a contar desde el día siguiente a la fecha del convenio y precio fijado de 7.500.000 pesetas y con la facultad de ceder a terceros. El referido optante cedió sus derechos por documento privado de 15 de diciembre de 1988 a la entidad mercantil L., la que por medio de telegrama fechado el 2 de enero de 1989 comunicó a la cedente de referencia su interés en ejercitar la opción cedida y al tiempo le rogaba su comparecencia ante la Notaría a fin de otorgar escritura de compraventa y percibir el precio acordado. Personada la recurrente en la oficina notarial designada, no hizo presencia en la misma Doña Antonia G.C. La base fáctica expuesta centra el recurso de casación que formuló la mercantil L., toda vez que la impugnación que contienen los cinco motivos que aporta tienden a atacar la sentencia de apelación, en cuanto que no accedió a sus pretensiones de que, partiendo de la validez y eficacia de la opción que sostiene ejercitó en forma debida, se condenase a la recurrida a llevar a cabo y a su favor la venta formal del inmueble objeto de la relación con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, por el precio y condiciones pactados en el contrato privado de 2 de diciembre de 1988. (A.C.S.)

13. Opción de compra.— Aunque ha de admitirse la opción de compra es una figura *sui generis* con sustantividad doctrinal propia (STS de 22 de diciembre de 1922), su concepto, de construcción jurisprudencial, está perfectamente delimitado, ya que consiste en conceder al optante la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción, oportunamente, se extingue y queda consumado y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa.

Plazo para el ejercicio del derecho de opción.— El plazo pactado como de caducidad para el ejercicio o decadencia, en su caso, del derecho a optar, no se confunde con el plazo para el ejercicio con la acción ante los tribunales, pues el optante hace uso de la opción cuando utiliza alguno de los medios legalmente hábiles y eficaces para que su declaración de voluntad dentro del plazo llegue al conocimiento del concedente u optatario y, sin embargo, si ello no puede producirse porque éste obstaculiza o impide que dicha comunicación llegue a su poder ha de entenderse cumplido el expresado requisito (STS de 22 de diciembre de 1992).

Cumplimiento forzoso del contrato de compraventa que se prometió otorgar.— Como establece la jurisprudencia en el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada y depende del optante únicamente que se perfeccione o no, doctrina que se completa en respuesta concreta a la argumentación del motivo con la establecida por la STS de 25 de junio de 1993 al recoger como la más reciente jurisprudencia sostiene que al consistir el objeto del precontrato en una obligación de hacer, una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento; cumplimiento forzoso que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo. (STS de 14 de febrero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró ejercido el derecho de opción de compra en tiempo oportuno condenando a los demandados a otorgar escritura. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso. (A.C.S.)

14. Compraventa de inmuebles. Determinación del precio de la cosa vendida.— Cosa determinada no es sinónimo de cosa individualmente concretada, sino que el requisito de determinación del art. 1445 CC ha de ser entendido en el sentido del art. 1273 del mismo, cuya exégesis más autorizada distingue entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la determinación posterior producida a través de los criterios previstos por las partes en el propio contrato, siendo suficiente a efectos del art. 1273 y, por tanto, del 1445 CC que a la hora de la perfección del convenio, estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos.

Cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.
Art. 1256 CC.— La doctrina (SS de 29 de mayo de 1972 y 30 de febrero de 1983) viene negando que el cumplimiento del contrato haya quedado al arbitrio de uno de los contratantes cuando esté limitada su actuación al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo. (STS de 9 de enero de 1995; no ha lugar).

NOTA.— En el motivo tercero del recurso de casación se alega la indeterminación de la cosa vendida, lo cual es rechazado por el Tribunal Supremo, ratificando los fallos de las sentencias del Juez de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial. (A.C.S.)

15. Venta de inmuebles. Resolución por incumplimiento.— «La aplicación de la facultad resolutoria del art. 1504, en el especial supuesto de la venta de inmuebles, como la genérica del art. 1124, requiere no un simple retraso en el cumplimiento obligacional asumido por el tildado incumplidor, sino que es preciso se patentice de forma indubitada la existencia de una voluntad manifiestamente deliberada y obstativa del 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, al constituir notas concordantes para ambos preceptos sustantivos, habrá de ser acreditado por quien adujere el incumplimiento».

«... la inexistencia de esa voluntad incumplidora deja sin razón de ser la aplicación del tan repetido art. 1504, incluso, en la previsión contenida en su inciso final».

El plazo, facultad discrecional del juez.— «... la concesión del plazo de que habla el art. 1124, ... es una facultad discrecional conferida al juzgador, tanto en su concesión, como en su amplitud, como lo es, asimismo, la relativa a calibrar las "causas justificadas", escapando el uso de semejante facultad del control casacional». (STS de 14 de octubre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Las partes firmaron contrato de compraventa en 1986, por el que se transmitía una finca provista de nave industrial. Cierta cantidad se entregó como precio a cuenta, quedando el resto aplazado y representado en sesenta y ocho letras de cambio. Resultando que, cuatro efectos vencidos fueron pagados tras requerimiento notarial, y posteriormente dos efectos impagados no se atendieron en el plazo de 48 horas ofrecido en el requerimiento; sino con una demora de catorce días tras el mismo; rechazando la trasmitente dicho pago.

La parte vendedora demandó a los compradores solicitando la resolución del contrato por incumplimiento en virtud de lo dispuesto por los arts. 1124 y 1504 CC.

En Primera Instancia se dictó sentencia admitiendo parcialmente la demanda, concediendo un plazo de 90 días para el pago. Recurrida por la parte vendedora, la Audiencia Provincial dictó sentencia confirmatoria, el TS falló no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.— El Tribunal Supremo en aras al principio de conservación de los contratos, limita el ámbito de aplicación del art. 1504 CC a aquellos supuestos en los que concurre una manifiesta voluntad incumplidora o rebelde.

Sólo cuando media dicho propósito incumplidor cabe denegar la prórroga tras el requerimiento previsto en el art. 1504, si bien debe probarse dicho propósito por quien lo alegue.

Debemos buscar los motivos del Alto Tribunal para inaplicar el último párrafo del art. 1504 en razones de equidad. No todo retraso en el incumplimiento faculta al acreedor para resolver, sino que para ello es necesario que, o bien el retraso le cause un perjuicio sustancial, o bien que la estipulación relativa al tiempo tenga un carácter esencial.

En su consecuencia el TS, no hace sino evitar un pronunciamiento injusto contra quien ha probado su voluntad cumplidora. (*J.M.T.P.*)

16. El ámbito de aplicación del art. 1504 CC.— Hay que aplicar preferentemente el art. 1504 sobre el art. 1124 CC, dada la relación de especialidad del primero respecto del segundo, en todos aquellos casos en que el comprador no satisface el precio convenido en el contrato de compraventa de inmuebles.

El requerimiento resolutorio como requisito constitutivo de la resolución.— De la simple lectura del art. 1504 CC se desprende que exige, como requisito específico para la pretensión resolutoria no sea rechazable por la autoridad judicial, el previo requerimiento.

Forma en que ha de hacerse el requerimiento judicial.— No se admite que tal requerimiento pueda efectuarse a través de la demanda iniciadora de un proceso resolutorio, en cuanto que con ella no se cumple el carácter receptivo del requerimiento. Por ese carácter, es por lo que hay que estimar el acto de conciliación como requerimiento judicial hábil, toda vez que el comprador

incumplidor, desde el momento en que recibe con la citación judicial la copia de la correspondiente papeleta, toma en conocimiento de la decisión resolutoria. (STS de 4 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Los esposos demandantes vendieron por escritura pública de 8 de julio de 1982 una finca a Don Agustín. Esta transmisión fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Los actores pedían en la demanda que se declarara resuelto el contrato de compraventa, pues el comprador no pagó el precio de la compra, que se le restituyera el pleno y exclusivo dominio de la finca en cuestión y, finalmente, que se cancelara la inscripción registral a nombre del comprador y en su lugar se practicara otra a su nombre, así como la cancelación cualesquiera cargas y gravámenes anotados con posterioridad al 8 de julio de 1982. La demanda fue desestimada en las dos instancias y el TS declaró no haber lugar al recurso. (E.M.d.D.)

17. Las acciones redhibitorias y *quantum minoris*. Aplicación.— Lo que caracteriza la aplicación de las acciones redhibitorias y *quantum minoris*, que, según dispone el art. 1490, caducan a los seis meses, es que la demanda se dirija a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos.

En consecuencia, no ofrece duda que cuando se formula una demanda por defectuoso cumplimiento, esto tendrá lugar cuando se ha entregado al comprador una cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina, tales acciones no son aplicables.

Responsabilidad solidaria de los codemandados.— Hay que calificar de solidaria la responsabilidad de los codemandados, cuando no se puede individualizar las respectivas responsabilidades de cada uno de ellos.

Obligaciones del promotor-vendedor.— Entregar la cosa objeto de la venta, ajustándose a lo pactado, es una obligación del promotor-vendedor frente al comprador. La otra obligación de aquél es la de responder de los vicios constructivos.

Responsabilidad solidaria del promotor-vendedor.— El promotor-vendedor es responsable solidario, en aquellos casos en que la causa de la responsabilidad es el incumplimiento contractual, al no reunir la vivienda las condiciones que la hagan apta para el uso a que se destina. (STS de 13 de octubre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La demandante, Doña Encarnación, había celebrado con Don Segismundo, promotor-vendedor y codemandado, un contrato cuyo objeto es un piso en un edificio en construcción según el proyecto del Arquitecto Don Francisco, también codemandado. Una vez que la actora recibió el piso, observó que tanto éste como el edificio tenían diversos defectos constructivos, que no es caso detallar ahora. La demandante pedía en su demanda que se condenase a los demandados, bien solidariamente o bien en la forma que se determine, a realizar las obras necesarias para subsanar las mencionadas faltas y vicios constructivos, y para el supuesto de que no fuese posible la condena

anterior en su totalidad o en parte, a indemnizarla por incumplimiento de contrato y vicios constructivos. Los demandados se opusieron a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia revocó en parte dicha sentencia, en el sentido de modificar cuáles son las deficiencias que deben subsanar todos los demandados solidariamente y cuáles de aquellas no habrá de concurrir el arquitecto, aunque sí los demás codemandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por el promotor-vendedor. (*E.M.d.D.*)

18. Legitimación del comprador para ejercitar las acciones que asisten al comitente frente al constructor por vicios de construcción. Responsabilidad solidaria.— La doctrina de esta Sala dice que pasan al comprador las acciones que asisten al comitente en el contrato de obras para combatir la ejecución defectuosa y, entre ellas, las del art. 1101 en relación con el art. 1591 CC, de donde se deriva la responsabilidad solidaria de unos y otros, caso de no poderse individualizar la trascendencia personal de cada uno de ellos en los defectos detectados. (**STS de 3 de febrero de 1995**; no ha lugar).

HECHOS.— Se ejercitó por el dueño de una vivienda de protección oficial una acción condenatoria de indemnización de daños y perjuicios dirigida contra la promotora-vendedora, la constructora y los tres arquitectos proyectistas, a la que se acumuló posteriormente otra demanda de idénticas características y pretensiones dirigida contra dos aparejadores intervinientes en la ejecución de la obra. En primera instancia se estimó la demanda, lo cual fue confirmado en apelación. No prospera el recurso de casación interpuesto por la constructora. (*A.C.S.*)

19. Contrato de obra: Vicios ruinógenos: Doctrina general: Desprendimiento de losetas.— Es copiosa e inalterable la jurisprudencia que señala no ser necesario que las deficiencias de la construcción supongan, de presente o en un futuro inmediato, el riesgo de derrumbamiento o desplome del edificio, sino que la ruina a que alude el art. 1591 CC es extensiva a los graves defectos de construcción que hagan la obra como impropia o inútil para la finalidad a que se destina, y la S de 31 de diciembre de 1992 afirma que tal concepto hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de imperfecciones corrientes, configuran una violación de contrato; el desprendimiento de losetas en las fachadas sur, levante y poniente del edificio y grietas en esas fachadas que provocan humedades en las paredes, han de considerarse como defectos graves que potencialmente hacen inhábiles las viviendas para su destino, y suponen, en todo caso, un incumplimiento contractual imputable al contratista recurrente, y aunque tales defectos no merecieran el calificativo de ruinógenos, habría de responder de su reparación de acuerdo con la regulación general de las obligaciones y contratos.

Solidaridad entre los responsables.— La sentencia recurrida atribuye los daños existentes en la finca a una pluralidad de factores, tales como la mala calidad de los materiales empleados, el desconocimiento del manejo de los mismos, y aún a fallos específicos de dirección y ejecución que afectan al

complejo espectro de promotores y a la dualidad de los técnicos, y todo ello sin que sea posible establecer la participación concreta e individualizada de cada uno, por lo que procede declarar la condena solidaria de los intervinientes en la edificación.

Reparación *in natura*: Modalidades de ejecución: Prueba.— La acción *ex art.* 1591 tiene por finalidad restaurar el patrimonio del perjudicado en la situación anterior al daño, eliminando la causa productora del mismo; por ello se hace necesario establecer, a través de las pruebas practicadas, el vicio ruínógeno causante del daño, ya que ello servirá para determinar las actuaciones necesarias para su eliminación, sin que el condenado pueda ser obligado por la sentencia a la ejecución de obras innecesarias o inadecuadas para eliminar los efectos del vicio ruínógeno, o que excedan de la finalidad reparadora de la acción ejercitada; en el presente caso la sentencia se basa en el contenido de una prueba preconstituida y extraprocésal, a la que no puede calificarse de pericial, haciendo caso omiso del informe propiamente pericial, acordado para mejor proveer, cuyo contenido es completamente divergente del otro, tanto por lo que afecta a la causa de los desperfectos como a la forma de su reparación; la sentencia recurrida ha infringido el art. 1591 CC al imponer actuaciones reparadoras que exceden de las necesarias para eliminar los vicios; también procede estimar el recurso en cuanto condena a la reparación *in natura* bajo la dirección del Arquitecto que designe la parte actora, debiendo entenderse que los demandados están autorizados para realizar las obras con sus propios medios y bajo la dirección técnica que estimen necesaria, sin perjuicio de que, en caso de discrepancia haya de acudir a la aprobación judicial mediante las pericias necesarias.

Litisconsorcio pasivo necesario: Comunidad de propietarios del solar que contrata la construcción.— Dada la falta de personalidad jurídica de la comunidad de bienes, es necesario que sean llevados a juicio todos los comuneros cuando se trata de hacer efectivas las responsabilidades que pesan sobre aquélla; habiendo sido traídos a juicio sólo algunos de aquéllos, puede estimarse de oficio la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Inexistencia de responsabilidad en el arquitecto.— Según el informe pericial practicado en el proceso se trata de vicios de la construcción imputables al constructor y al aparejador, por incumplimiento por éste de sus deberes de vigilancia en la ejecución de la obra, pero no son imputables al arquitecto por no tratarse de vicios de la dirección ni del proyecto. (STS de 2 de diciembre de 1994; ha lugar). (G.G.C.)

20. Vicios que determinan la ruina de la obra inmobiliaria. Significado del plazo de garantía decenal.— A tenor de repetida doctrina de la Sala, el plazo que establece el párrafo primero del art. 1591 CC no es de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege*, conocida como «decenal», que dicho precepto establece, ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruínógeno forzosamente dentro del plazo de diez años a contar desde la terminación de la obra, de modo que si transcurre sin haber ocurrido el evento, la acción ya no podrá nacer por haber precluido el expresado plazo de garantía, pero una

vez nacida la acción, el plazo de prescripción es el general de quince años que, para las acciones personales que no tengan señalado un término especial establece el artículo 1964 CC.

Concepto de ruina.— El término ruina que utiliza el art. 1591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, sino que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes configuran una violación del contrato (SS de 5 de octubre de 1983 y 5 de marzo de 1984) y, en tal concepto de ruina han de incluirse los graves defectos constructivos que hagan temer la pérdida del edificio o lo hagan inútil para la finalidad que le es propia.

Determinación de daños y perjuicios.— El art. 360 LEC autoriza en condenas por daños a dejar para ejecución de sentencia la determinación definitiva de éstos. (STS de 7 de febrero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda en reclamación de que se reparasen los defectos o vicios que presenta el edificio. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación de la demandada.

NOTA.— Coincido plenamente con la doctrina de esta sentencia, que parte de la naturaleza contractual de la responsabilidad por vicios determinantes de ruina que prefigura el art. 1591 CC, poniendo de relieve que el plazo de diez años es un plazo de garantía, diferente del plazo de prescripción de la acción, que es de quince años en consonancia con la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal. Sobre ello, CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1990, pp. 351 y ss. (A.C.S.)

21. Responsabilidad por ruina. Solidaridad. Carga de la prueba de la culpa.— «... La institución de litisconsorcio pasivo necesario no opera en las responsabilidades derivadas de la construcción de edificios y a que se refiere el art. 1.591 CC, pues no es preciso la llamada al proceso de todos los intervinientes en el hacer constructivo, dado el principio de responsabilidad solidaria, por no poderse concretar y depurar las diversidades conductas y actividades concurrentes y que ocasionaría la mutación o integración de las responsabilidades plurales que surgen como prioritarias, si se individualizan con específica atribución a cada uno de los actuantes en la ejecución de las obras.

Esta responsabilidad solidaria faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles y ello sin perjuicio de que, al permanecer preexistentes las relaciones internas, se pueden utilizar las acciones de repetición que en su caso procedan, por las que se declaran responsables y resultan condenados respecto a los demás intervinientes en la obra.»

«... se hizo aplicación correcta del art. 1.591 CC, toda vez que se siente como hecho reputado y probado, la concurrencia de las deficiencias y vicios constructivos que afectan al edificio litigioso, los que alcanzan ratificación de extrema gravedad, al aceptar la Sala y basar su decisión en el informe pericial obrante en autos, que no descarta la concurrencia de las deficiencias y vicios constructivos que afectan al edificio litigioso, los que alcanzan calificación de extrema gravedad, al aceptar la Sala y basar su decisión en el informe pericial obrante en autos, que no descarta la concurrencia de “incorrecciones en las previsiones del proyecto técnico y en relación a las demás apreciaciones que se expresan”».

«Se aplica correctamente la doctrina de la responsabilidad solidaria constructiva, pues la recurrente no demostró y por ello no se estimó, que hubiera actuado en todo momento con la pericia técnica exigida; es decir, que no proceda atribuir a la misma ningún vicio de planeamiento, planificación ni de dirección de obra. De ahí que se derive su concurrencia responsable para la reparación de las deficiencias que dañan el inmueble...».

«Al no tratarse de simples imperfecciones, sino de vicios que afectan a los elementos esenciales de la construcción, como quedó analizado, de los mismos no se puede exonerar al arquitecto en su condición de responsable creador de la edificación». (STS de 13 de octubre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La presidente de una Comunidad de Propietarios, ante el estado de ruina funcional progresiva presentado por su edificio, presentó demanda contra el arquitecto y sociedad constructora solicitando la reparación de los vicios constructivos existentes en el inmueble que afectaban al muro de contención, fachada, selado, muros laterales, escaleras... así como los daños y perjuicios causados.

La contraparte se opuso alegando dos excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción que fueron rechazadas, así como la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no demandar al aparejador, que admitida en primera instancia, fue rechazada en apelación.

Recurrida en casación la sentencia por el arquitecto, el Tribunal Supremo sentenció no haber lugar al recurso, por no demostrar el arquitecto el haber obrado con la pericia técnica exigida.

NOTA.— El art. 1591 recoge un supuesto de responsabilidad contractual —la del arquitecto y promotor frente al adquirente o subadquirente— si bien quiebra la máxima *Ubi est onus, ibi est emonumentum*, invirtiendo la carga de la prueba, al igual que en la responsabilidad extracontractual por riesgo. Corresponde al arquitecto y promotor probar que su comportamiento no ha sido causa o concausa de la ruina; y en su caso, el grado de contribución a la misma.

Esta exigencia no es sino un mecanismo de protección de la parte más débil en el vínculo contractual, tras la producción de un daño de probada magnitud cuya concurrencia es suficiente para presumir *iuris tantum* la mediación de la falta de diligencia. (J.M.T.P.)

22. Arrendamiento de servicios. Distinción con el contrato de obra.— No se contrata, como es propio del arrendamiento de obra, un resultado cuya obtención se compromete (*opus consumatum et perfectum*), sino los servicios a prestar mediante las gruas, no obstante la realidad de que también se persiga un resultado, lo que no excluye la calificación de arrendamiento de servicios cuando aquél no es determinante del contrato ni quien deba prestarlos asuma la obligación fundamental de obtenerlo.

Intimidación.— Para que la intimidación vicie la voluntad de contratante se exige fundamentalmente la existencia de amenaza de un mal inminente y grave que influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, lo que no acontece en este caso. (STS de 7 de febrero de 1995; no ha lugar).

NOTA.— En el primer motivo del recurso se acusa infracción del art. 1544 CC, en relación con el art. 1281.1 del mismo, y versa sobre la calificación del contrato celebrado en 22 de abril de 1986 entre la recurrente y la actora; a este respecto, la Sala de instancia, compartiendo lo ya sostenido en la sentencia dictada por el Juzgado, entendió que se trata de un arrendamiento de servicios, mientras que la recurrente mantiene que la calificación adecuada es la de contrato de obra. (A.C.S.)

23. Resolución contrato arrendamiento de local de negocio. Cesión ilegal. Fusión por absorción.— Entendida la fusión de sociedades, como la operación jurídica afectante a dos o más sociedades que conduce a la extinción de todas o de alguna de ellas, y a la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola sociedad ya preexistente o de nueva creación, en esta sentencia se plantea la posibilidad de que esta fusión pueda constituir un traspaso ilegal, y por tanto, una causa de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio.

La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, dio nueva redacción al apartado 4 del art. 31 de la LAU, estableciendo en su art. 19 que no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles, con el derecho que se fija del arrendador a subir la renta. Esta norma fue recogida en la LAU vigente de 24 de noviembre de 1994 al establecer en su art. 32.3 al señalar que «No se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, pero el arrendador tendrá derecho a la elevación de la renta prevista en el apartado anterior».

En el caso enjuiciado, estas normas no son de aplicación, al no haberse establecido el efecto retroactivo de las mismas, por lo cual el TS considera que la fusión existente en el caso litigioso constituye un supuesto de cesión ilegal.

Se alega por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad su carácter de entidad benéfica, (como ocurriera en la STS Sala de lo Penal, de 29 de abril de 1992, en este caso en relación con el art. 464.3 CC), y por tanto, la aplicación del art. 4.2 LAU 1964, lo que determinaría que el régimen jurídico a que se en-

cuentra sometida la relación contractual sean las normas del contrato de inquilinato, el TS desestima su pretensión fundándose en el propio art. 5.2.º.1 de la norma citada, que determina la aplicación de la normativa del arrendamiento de local de negocio cuando el arrendatario destine el local al ejercicio de actividades económicas. (STS de 14 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— Caja Rural, arrendataria de cuatro locales fue absorbida por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona, pasando a denominarse «Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona», de acuerdo con la escritura de absorción de fecha 6 de mayo de 1988. Planteándose en el recurso la concurrencia de una causa de resolución del contrato de arrendamiento de local del negocio por cesión ilegal. (M.ª I.M.P.)

24. Arrendamientos rústicos. Actualización de la renta.— La Ley 83/1980, de 31 de diciembre de Arrendamientos Rústicos ha invertido el antiguo sistema introducido por la Ley de 1942 que obligaba a fijar la renta en trigo. En la Legislación vigente, la remisión que el art. 31 hace al art. 38 de acuerdo con el criterio unánime de la doctrina, ha establecido un sistema de actualización que responde a las siguientes directrices: la actualización de la renta es una facultad que la Ley deja a la voluntad de las partes «podrá acordarse por las partes». Sólo cuando no existe esta voluntad concorde, es cuando la Ley prevé la posibilidad de acudir al Juez, para que, en el proceso adecuado establezca la cláusula de estabilización y la incorpore al contrato (art. 39).

Por tanto, «la actualización puede estar prevista en las cláusulas del contrato, en cuyo caso será obligatoria sin más para las partes, según los términos convenidos y lo previsto en el art. 38.1.º. Si se ha omitido en el documento contractual, puede ser concertada posteriormente y obligará a las partes de la misma forma que la inicialmente pactada. Y sólo cuando no se da ninguna de estas dos circunstancias, por la oposición de una de las partes, es cuando entra en juego el contenido del art. 39, fijando el Juez en la sentencia la pretensión del demandante, con el mandato que se incorpore al contrato». (STS de 6 de octubre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— La actora formuló demanda de juicio de cognición sobre reclamación de cantidad (juicio especial de arrendamientos rústicos). Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia de Ecija estimó la demanda interpuesta, condenando al demandado a abonar al actor una cantidad mínimamente inferior a la solicitada, más el interés legal de dicha cantidad desde la interposición judicial.

Apelada la Sentencia, la Audiencia Provincial de Sevilla revocó la resolución dictada absolviendo al demandado. Interpuesto recurso de casación por la que fue demandante, el TS confirmó la Sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.— En la sentencia que nos ocupa observamos una aplicación del art. 31 de la LAR a los contratos celebrados con anterioridad a la citada Ley que tenían fijada su renta, en especie. No obstante, como ya había señalado JUAN MARTÍNEZ VALENCIA en su obra *Comentarios de la LAR (Jurisprudencia y Formularios)* la redacción

en términos *ad futurum* del art. 31.2 no resolvía la problemática de estos contratos. Por otra parte, tampoco las disposiciones transitorias de la LAR regulaban estos supuestos. ¿Cómo resuelve el Tribunal Supremo en esta Sentencia esta cuestión? El Tribunal Supremo afirma que el art. 31 es de aplicación interpretando que dicha norma surge «en previsión de la subsistencia de los arrendamientos concertados antes de la publicación de la Ley. Y... se establece en justa contrapartida una actualización de la renta conforme a criterios realistas».

A mayor abundamiento, conviene resaltar, que la Sentencia anotada entremezcla los términos «conversión de la renta fijada en especie a metálico» y «actualización de la renta». Mientras que para la actualización de la renta la remisión que hace el art. 31 al art. 38 queda clara en la Sentencia anotada, sin embargo con referencia a la conversión de la renta fijada en especie a metálico existe oscuridad. En efecto, la remisión que el art. 31.2 hace al art. 38 hemos de entenderla referida exclusivamente al instrumento a utilizar para convertir la renta fijada en especie a dinero, en el sentido de que si las partes han fijado la renta en especie y nada han regulado acerca de su conversión en dinero sería preciso acudir al art. 38 y así «al último índice anual de precios percibidos por el agricultor establecido por el Ministerio de Agricultura». (S.A.R.)

25. **Legislación aplicable a un contrato de arrendamiento rústico.**— Es inaceptable la tesis de la parte recurrente que pretende hacer tabla rasa de toda la relación arrendaticia desarrollada entre las partes desde el año 1943 y pretender que la misma se inicia en el año 1982 bajo la vigencia de la Ley de 1980, reconocido por ambas partes que la finca fue cedida en arrendamiento para el aprovechamiento de los pastos por su propietario, el causante de los recurridos, de quien dimana el derecho de los recurrentes, y que tal aprovechamiento mediante el pago de una renta ha subsistido sin solución de continuidad, tal arrendamiento queda sometido a las normas contenidas en el Reglamento de 29 de abril de 1959, a tenor de su art. 1, apartado 1, «todos los contratos de arrendamiento de fincas rústicas, sea cualquiera la fecha de su celebración, se someterán al presente Reglamento», añadiendo «sin que sus normas puedan ser modificadas por pacto en contrario de los contratantes. Las cláusulas de esta naturaleza se tendrán por no puestas y serán sustituidas por las disposiciones legales que las regulan».

Subsistente el contrato de arrendamiento a la entrada en vigor de la Ley de 31 de diciembre de 1980, era aplicable la Disposición Transitoria Primera de este texto legal según la cual «los contratos existentes a la entrada en vigor de esta Ley se regirán en cuanto a su duración por lo establecido en la legislación anterior».

Carácter convencional de las prórrogas del contrato de arrendamiento rústico.— Ha de concluirse que transcurrido el plazo de duración que, como mínimo legal, establecía para esta clase de contratos el Reglamento de 1959, las sucesivas prórrogas, incluidas las concedidas una vez vigente la Ley de 1980, son prórrogas convencionales no prohibidas por la legislación a cuyo imperio estaba sometido el contrato (el tan repetido Reglamento de 29 de abril de 1959 por aplicación de la también reiterada Disposición Transitoria Prime-

ra, regla 1.^ª), que facultaban al arrendador a dar por finalizado el contrato al concluir las mismas y a instar el reintegro de la posesión arrendaticia. (STS de 7 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Desde el año 1943 se venía arrendando por el causante de los actores recurridos la finca propiedad, para el aprovechamiento de los pastos de la misma, sin que se hubiera aportado documento alguno que recoja tal contrato, a partir del año 1974 constan documentados sucesivos contratos para el aprovechamiento de la citada finca, celebrados entre las mismas partes y referidos a las temporadas de «invierno y primavera», siendo del último de fecha 15 de abril de 1883. Fallecidas las partes contratantes, los sucesores del arrendador envían por conducto notarial carta a los herederos del arrendatario, apercibiéndoles de la extinción del contrato, y requiriéndoles para que dejasen libre la finca. Se formula demanda por los sucesores del arrendador ante el Juzgado solicitando la declaración de extinción del contrato de arrendamiento rústico de pastos por considerarse expirado el plazo contractual o el legal mínimo. Desestima la demanda el Juzgado de Primera Instancia, al entender que continúa vigente el contrato, entendiéndose éste prorrogado por seis años a contar desde el día 15 de abril de 1983. Tampoco la Audiencia Provincial de Madrid accede a las pretensiones de los demandantes desestimando el recurso de apelación interpuesto. Formulado recurso de casación con motivo de infracción por inaplicación de las normas del ordenamiento jurídico, entre las que se cita el art. 8 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980, el Tribunal Supremo desestima el mismo por considerar que dicha aplicación no procede. (A.I.H.O.)

26. Efectos jurídicos del requerimiento notarial notificando la extinción del arrendamiento.— El arrendador puede notificar, mediante requerimiento notarial, su voluntad de extinguir el arrendamiento, lo que sucede es que tal requerimiento notarial no bastará, por sí mismo, para que la extinción se produzca, teniendo en cuenta que nadie puede quedar vinculado por una manifestación de parte, sobre todo cuando ante la negativa de la contraparte, lo que se hace es no solicitar a través de la correspondiente acción la tutela judicial.

Arrendamiento rústico. Acceso a la propiedad. Determinación del precio.— El arrendatario podrá adquirir la finca arrendada pagando al contado y en metálico su justo precio. Para que el precio se tenga por justo es indispensable la equivalencia entre éste y el valor del bien que sale del patrimonio del arrendador, en definitiva, una suma de dinero adecuada para adquirir la propiedad de un bien análogo al que se pierde. Las normas de valoración que habrá de seguirse para determinar en vía civil el precio, son aquéllas que establece la legislación de Expropiación Forzosa, especialmente el art. 39. Sin embargo, en aquellos casos en que existan diferencias entre el precio, fijado según el precepto legal citado, y el valor real del bien, cabe que el órgano judicial encargado de la valoración acuda a otros criterios estimatorios. Por tanto, no existe inconveniente alguno remitirse, a tales efectos, al procedimiento judicial de ejecución, y ello sin perjuicio de los demás derechos indemnizato-

rios que tenga el arrendador frente al arrendatario y conforme prevé la legislación especial de arrendamientos rústicos. (STS de 10 de noviembre de 1994; ha lugar en parte).

HECHOS.— La demandada era dueña de las fincas rústicas objeto de este pleito, y las dio en arrendamiento, antes del año 1935, al actor. Con fecha de 5 de junio de 1985, la arrendadora, mediante requerimiento notarial hizo saber al arrendatario que daba por extinguido el arrendamiento. El arrendatario no aceptó la terminación del arrendamiento, y entabló después una demanda contra la arrendadora pidiendo que se declarara su derecho de acceso a la propiedad de las fincas en cuestión, pagando a la arrendadora un precio, que habría de determinar el Juzgado, obligándose tanto a cultivarlas directa y personalmente, como a no venderlas durante un plazo de seis años; y que se condenara a la demandada a que, en el plazo señalado por el Juzgado, otorgara a su favor escritura pública de transmisión de la propiedad, bajo apercibimiento de otorgarse de oficio. La demanda fue estimada en ambas instancias. El TS estimó el recurso de casación de la demandada, solamente en cuanto a uno de sus motivos, relativo a la fijación del precio que ha de satisfacer el arrendatario al propietario-arrendador, rechazándolo en cuanto a los demás motivos. (E.M.d.D.)

27. Arrendamientos rústicos históricos.— La relación jurídica cuya extinción por novación es enjuiciada por el TS, constituye un arrendamiento rústico histórico. Este tipo de arrendamientos rústicos, fueron recogidos en la LAR de 31 de diciembre de 1980, y tras la prórroga concedida por la L de 12 de febrero de 1987, en la actualidad aparecen regulados en la L de 10 de febrero de 1992. La legislación reguladora de esta especial relación arrendaticia, se ha caracterizado a lo largo del tiempo, por el trato de favor que se ha venido otorgando a los sucesivos arrendatarios, tanto en relación con el establecimiento de un régimen especial de duración, con el señalamiento de sucesivas prórrogas, como por la concesión de un derecho de acceso a la propiedad, en condiciones bastante ventajosas.

Novación extintiva.— La novación, de acuerdo con el art. 1156 CC, constituye un modo de extinción de las obligaciones, que se diferencia de los demás, en que la expiración del vínculo contractual se produce por la creación de otro, al que las partes acuerdan dotar de efectos extintivos respecto de la relación anterior que viene a sustituir.

Para que una relación obligatoria se extinga por novación, es preciso que concurren dos presupuestos esenciales: el *animus novandi*, que puede manifestarse en forma expresa o tácita, y la incompatibilidad entre la nueva relación y la anterior que se pretende sustituir.

Siguiendo los pasos de la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos para que se produzca la novación extintiva de estos contratos, en la que se ha requerido la alteración conjunta de los dos elementos esenciales del contrato, objeto y renta, la L 1/1992, teniendo en cuenta la posibilidad de que existan pactos que permitieran dudar de la vigencia de este tipo especial de arrendamientos, establece en el apartado 2 de su art. 1 que no se perderá la consideración de arrendamientos rústicos históricos, ..., por el hecho de que las partes

hayan establecido algún pacto que modifique la renta u otros elementos o condiciones del contrato primitivo, siempre que se mantenga constante el arrendamiento sobre todas o parte de las fincas primitivamente arrendadas.

De acuerdo con este precepto, la regla interpretativa para determinar si subsiste o no el arrendamiento histórico, es que se mantenga el objeto del pacto locativo, lo que implica que cualquier modificación del contrato primitivo que no afecte al objeto, no puede interpretarse como novación extintiva del contrato inicial. Lo determinante para que subsista la relación arrendaticia, es que la finca inicial siga siendo explotada por los causahabientes del arrendatario originario, sin que los contratos que formalmente se hubieran concertado a lo largo del tiempo, tengan fuerza suficiente para extinguir el primitivo, salvo que se produzca una variación sustancial de la cosa arrendada.

En esta ocasión, el TS debe de enjuiciar el valor que en este especial contrato, puede tener una cláusula contractual en la que se manifieste expresamente la existencia de una novación extintiva. Su negativa a estimar la extinción del contrato primitivo, se fundamenta en dos consideraciones, en primer lugar, que «la calificación jurídica de los actos y contratos no depende de las denominaciones que le otorguen las partes, sino de la realidad manifiesta o encubierta que subyazca como verdadera» y en segundo lugar, en la apreciación de la existencia de fraude en perjuicio del arrendatario, lo cual le lleva a aplicar lo dispuesto en los arts. 8 y 9 LAR, preceptos en los que se establece la nulidad de los actos realizados en fraude de ley, la aplicación de la norma que se pretende eludir, y que por tanto la cláusula novatoria deba ser considerada nula y tenida por no puesta, lo que determina que el arrendatario conserve el derecho de acceso a la propiedad en conformidad con lo dispuesto en el art. 98 LAR. (STS de 24 de febrero de 1995; ha lugar).

HECHOS.— Se solicita por el actor, que se declare su derecho de acceso a la propiedad, derivado de la relación arrendaticia de que es titular, como cultivador personal y que constituye un arrendamiento rústico histórico, ya que la relación arrendaticia, cuya extinción por novación se enjuicia, trae causa de un arrendamiento anterior a la L de 15 de marzo de 1935.

Probada la existencia de diferentes contratos a partir 1953, se alega por el arrendador la existencia de uno de fecha 30 de septiembre de 1984, en el que una de sus cláusulas establece la novación extintiva. (M.I.M.P.)

28. **Juego. Moderación de pérdidas.** Art. 1801 CC.— Este precepto confía sin equívocos, ni ambigüedades de clase alguna a la autoridad judicial el ejercicio de la moderación que admite en cada caso concreto, lo que no obsta a la aplicación, también, de la normativa reglamentaria bajo el control de los funcionarios correspondientes. Esto es, no hay incompatibilidad entre las normas administrativas y las civiles que responden a fines distintos ni, desde luego, tal reglamentación altera, sustituye o disminuye los poderes de la autoridad judicial, como órgano directamente concernido por la Ley, para no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego o en la apuesta sea excesiva o reducir la obligación en lo que excede de los usos de un buen padre de familia.

Adquisición de fichas para juego.— No tiene el carácter de compraventa, aunque las fichas sirvan para juegos diversos y para pago de servicios. La voluntad determinante de la adquisición de fichas no es otra, sin duda, que la de participar activamente en los juegos del casino.

Ludopatía.— La supuesta ludopatía no se ha demostrado, dado que la conducta desordenada del jugador, al ir más allá de sus posibilidades económicas razonables en el juego, no denota por sí misma enfermedad, ni produce anulación de su voluntad, aunque ponga de manifiesto un proceder vicioso que no debe ser tenido como modélico.

Prohibición de conceder préstamos a los jugadores.— Ya esta Sala por sentencia de 23 de febrero de 1988, declaró que, en todo caso, el hecho de infringir la prohibición de conceder préstamos a los jugadores o apostar en los lugares de juego (art. 10 del Decreto de 11 de marzo de 1977) no transforma el juego que es lícito en ilícito, pues los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (art. 6.3 CC), cual ocurre en el supuesto contemplado en el que tal contravención es objeto de especiales sanciones previstas en la propia normativa.

Juegos lícitos.— Si bien es cierto que el Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 y Decreto complementario de 11 de marzo del mismo año no han derogado los preceptos del Código Civil dedicados al juego y la apuesta (arts. 1798 a 1801, ambos inclusive), dado que aquellas disposiciones se refieren a aspectos penales, administrativos y fiscales de determinados juegos de suerte, envite o azar, el tenor y significación de dichas disposiciones obliga a una interpretación de todo el conjunto normativo adecuada a la realidad social del tiempo presente (art. 3.1 CC), lo que conduce a excluir la existencia de causa torpe o ilícita en el juego legalizado desde el momento en que la propia ley expresamente lo regula y reglamenta, tanto en las disposiciones anteriormente mencionadas como en las específicas y recientes «leyes del juego y apuestas» de las distintas Comunidades Autónomas que integran el Estado español. De tal interpretación normativa ha de inferirse que los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto ya no pueden seguir considerándose prohibidos y, en consecuencia, obligan a pagar al que pierde y, por ello, el que gana tiene derecho y acción para exigir lo ganado. Por ello, cualquier otra interpretación, enraizada en la tradicional inexigibilidad de las deudas de juego o basada en motivos morales, sociales o familiares —ya ponderados por el legislador al legalizar el juego con sus inevitables consecuencias negativas— sería además contraria al principio de seguridad jurídica consagrado por la Constitución y a la seriedad del tráfico comercial, en el que se integra plenamente la práctica del juego en aquellos locales y Casinos que, ajustándose a las específicas exigencias legales, hacen de tales juegos objeto propio de su actividad pública.

Art. 1798 CC.— La resolución recurrida no ha interpretado erróneamente el art. 1798 CC, al entender que tras la legalización de los juegos de azar el

ámbito de aplicación de este precepto queda reducido a los juegos de suerte, envite o azar no permitidos expresamente. (STS de 30 de enero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— No prospera el recurso de la empresa del Casino que reclama el importe del dinero prestado al jugador para adquirir fichas y cuya devolución completa no se dio por la Audiencia al hacer uso de la moderación del art. 1801 CC. (A.C.S.)

29. Responsabilidad extracontractual. Relación de causalidad.— Esta Sala tiene declarado en la sentencia de 25 de febrero de 1992 que es necesario una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los arts. 1902 y 1903 CC, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente, constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

Causa más adecuada.— Habrá que determinar cual es la causa más adecuada, que exige —dice la sentencia de 29 de abril de 1994 con cita de otras—, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos. Por todo lo que consta en las actuaciones, es evidente que la causa más adecuada de las dos concurrentes sería la imprudencia de la víctima. (STS de 24 de enero de 1995; ha lugar).

HECHOS.— El accidente que costó la vida a Don José Manuel A. se ocasionó a propósito del arrastre de troncos de madera por una ladera de acusado desnivel hasta un camino, utilizando una «carroceta» con la que, mediante un cable y un «quinche», se efectuaba aquella labor. En un momento determinado, tropiezan los troncos en unas peñas, y don José Manuel A., que conducía la «carroceta», acelera con el resultado de que las ruedas delanteras del vehículo se levantaron, volcando a continuación y precipitándose fuera del camino y por la empinada ladera existente, saliendo despedido su conductor.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda sobre reclamación de cantidad por fallecimiento en accidente de Don José Manuel A. La Audiencia Provincial estimó el recurso. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación del demandado. (A.C.S.)

30. Culpa extracontractual.— Esta culpa sancionada en el art. 1902 CC, no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar; en el obrar sin el cuidado y atención necesaria para evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos. (STS de 22 de abril de 1987).

Casualidad.— La responsabilidad extracontractual requiere pues, la existencia de una acción u omisión voluntaria, no maliciosa, imputable al demandado, lo que se presume cuando se crea una situación de riesgo (S de 21 de noviembre de 1985). El resultado que se produzca debe ser consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiéndose valorar en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive el resultado lesivo.

Pluralidad de agentes: Responsabilidad solidaria.— La jurisprudencia parece dispuesta a afirmar la responsabilidad solidaria de los posibles causantes, haya existido o no coautoría entre ellos, pero sólo «si todos han sido co-demandados». Si no se ha demandado a todos los posibles causantes, la tendencia jurisprudencial parece ir en el sentido de dictar sentencia absoluta en la instancia, estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Por tanto, cuando han sido varios los intervinientes en la producción indiferenciada del resultado dañoso, responden todos de forma solidaria, aunque no hayan actuado como coautores, y aunque la conducta de cada uno de ellos, por sí sola, no hubiera causado la totalidad de los daños.

El Tribunal Supremo admite la denominada «solidaridad impropia con pluralidad de agentes y concurrencia causal única», cuando no es posible individualizar comportamientos ni responsabilidades; lo que permite dirigirse contra cualquiera de los obligados —SS de 17 de junio, 13 de septiembre, 13 de noviembre y 30 de diciembre, todas de 1985—. Conforme a la doctrina de esta Sala, al tratarse de una concurrencia o concatenación de culpas en el proceso dinámico del siniestro, cuando éstas son ingraduables por no ser técnicamente posible establecer el porcentaje de influencia personal, por acción u omisión, en la producción del evento dañoso, se establece por razones de seguridad e interés social una solidaridad entre ellos.

Incongruencia *ultra petita*: Perjudicado y heredero.— Existe tal incongruencia, cuando la parte dispositiva de la sentencia concede más de lo pedido por el actor. Se debe esta incongruencia a un exceso cualitativo. Para Guasp, se falta al requisito de la congruencia por *ultra petita*, cuando el fallo concede o niega lo que nadie ha pedido, por consiguiente, cuando se decide cualitativamente excediéndose de la pretensión. En este supuesto, no hay duda de que el fallo de la AP de Huelva incurre en incongruencia, ya que concede una indemnización en favor de los herederos de Doña Juana, cuando su esposo había solicitado simplemente la indemnización para sí.

Es doctrina jurisprudencial constantemente admitida, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte, *iure proprio*, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicados o no por su muerte, en cuanto dependían económicamente del falle-

cido o mantenían lazos afectivos con él (SS TS de 17 de febrero de 1956 y 1 de julio de 1981). Así pues, es el concepto de perjudicado, y no el del heredero del fallecido, el decisivo para acordar la indemnización correspondiente y cualificar la oportuna legitimación activa. No obstante, es frecuente que concurren en las mismas personas, la figura de heredero y perjudicado, sin embargo no es una unión inseparable, ya que el derecho a la indemnización como originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como *iure hereditatis* -S de 1 de julio de 1981- sino como un derecho originario y propio del perjudicado sobreviviente. (S de 4 de mayo de 1983). (STS de 1 de octubre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— El Juzgado de Primera Instancia de Huelva, tramitó la demanda planteada por Doña Juana M. G., Don Angel C. P. y Don Antonio R. G., en la que suplicaron, se declarara a los demandados responsables civiles solidarios de los daños que sufrieron con motivo del desprendimiento y caída que se produjo sobre Doña Juana M. G., ocasionándole lesiones graves e invalidez y sobre la esposa de Don Angel C. P., la cual falleció. En primera instancia, se estimó plenamente la demanda. La sentencia fue recurrida en Apelación ante la AP de Huelva, estimándose el recurso interpuesto por la Excm. Diputación Provincial de Huelva, y desestimándose el interpuesto por los demás recurrentes. Presentado Recurso de casación por el representante del Ministerio de Cultura, el Tribunal Supremo, casó y anuló la sentencia pronunciada por la AP de Huelva, declarando que la indemnización lo era solamente a favor de Don Angel C. P. y no para sus herederos.

NOTA.- El Tribunal Supremo, en este caso concreto, hace nítida la diferencia entre herederos y perjudicados, al decidir finalmente, declarando haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Cultura; conceder la indemnización al actor y no a los «herederos» en general de la víctima. Asimismo, al condenar al pago de la mencionada indemnización al Ministerio de Cultura, se destaca con acierto en la Sentencia, que el mencionado Organismo responde por el riesgo ocasionado por la falta de diligencia en sus actuaciones, dando origen precisamente, a esas consecuencias tan desafortunadas como trágicas. (M.J.G.A.)

31. Alcance de la diligencia requerida para excluir la responsabilidad por culpa dimanente del art. 1902 CC.— La interpretación del art. 1902 CC en el sentido de incluir dentro de la diligencia requerida las prevenciones reglamentarias y las que imponga la prudencia, invertir la carga de la prueba y aplicar prudentemente la responsabilidad por riesgo, permite entender que para responsabilizar una conducta ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, y además, al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados, y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio.

Doctrina jurisprudencial en torno al nexo causal.— Ha de atenderse a criterios que permitan valorar en cada caso si el acto que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como conse-

cuencia necesaria, el daño producido, inspirándose la determinación del nexo causal en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como responsables, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, pero con abandono de posturas cercanas a la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Concurrencia de culpas por conocimiento del riesgo que suponía situar una piscifactoría en lugar colindante con plantaciones de arroz.— Supone reducción al absurdo pretender que la colindancia implica negligencia, cuando existen órdenes administrativos declarando a la actora concesionaria de los establecimientos de piscicultura marina, pues ello implicaría desplazar la negligencia y responsabilidad a los organismos oficiales, lo que infringe el principio de normalidad.

Función de la casación; cuestiones probatorias.— No cabe en casación una revisión valorativa de las pruebas, convirtiéndolo en una tercera instancia, sobre todo cuando la valoración no ha sido impugnada por la vía casacional adecuada; tampoco cabe desarticular la prueba, cuando se ha valorado en su conjunto, ni basarse en aspectos parciales de un dictamen pericial o en los dichos de algún testigo, que no tienen valor vinculante, sin que las reglas de la sana crítica puedan citarse como infringidas, al no hallarse codificadas y corresponder a las máximas de experiencia; por último, constituye auténtico fraude procesal pretender cambiar el *factum* sin utilizar los cauces adecuados para ello, modificándolo en la alegación de preceptos sustantivos, que sólo pueden tener el significado que pretende dárseles con la visión parcial, interesada y subjetiva del recurrente. (STS de 25 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia de la fumigación de unos campos de arroz por una avioneta de Airdelta, S.A., en virtud de contrato celebrado con la Agrupación de Defensa Vegetal para el Control del Barrinador del Arroz del Delta del Ebro, supervisora de la operación expresada, el fenitrotión utilizado llegó a las instalaciones de la piscifactoría de la actora (Pausa, S.A.), y produjo una grave mortandad en los langostinos que criaba. En primera instancia se estima parcialmente la demanda presentada por Pausa, S.A., condenando solidariamente a Airdelta, Agrupación de Defensa Vegetal para el Control del Barrinador del Arroz del Delta del Ebro y Cámara Arrocerera de la Cava al pago de una indemnización por daños y perjuicios distinta de la pedida por la demandante. Apelada esta sentencia, se absuelve a la Cámara Arrocerera de la Cava, condenando solidariamente a Airdelta y a la Agrupación de Defensa Vegetal, y realizando una nueva valoración de los daños a indemnizar. La Agrupación de Defensa Vegetal recurre en casación contra la Cámara Arrocerera de la Cava. (S.Q.M.)

32. **Responsabilidad médica.**— Al basarse el recurso de casación en un solo motivo, el que denuncia la infracción del art. 1902 CC, el debate jurídico se reduce al examen de la valoración de la conducta del agente causante del resultado dañoso, así como a la relación de causalidad, únicos dos requisitos o elementos que tienen la naturaleza de cuestiones puramente jurídicas, de

entre todas aquellas que configuran la llamada responsabilidad extracontractual.

Determina la Sala que la obligación del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, por tanto, su obligación es de medios, no de resultado, estando obligado solamente a proporcionar al enfermo todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia, y la denominada *lex artis ad hoc*.

En la conducta de los profesionales de la medicina queda descartada la responsabilidad objetiva, debiendo probar el demandante tanto la culpa del actor, como el nexo causal entre ésta y el resultado dañoso (SS 13 de julio de 1987; 12 de julio de 1988; 7 de febrero de 1990; 20 de febrero de 1992 y otras muchas).

Por todo ello, el juzgador en el presente caso, afirma que se observó la *lex artis* razonablemente y por ello no puede, calificarse de culposa la conducta de los profesionales implicados en el mismo. No se ha probado, por tanto, ni la conducta culposa, ni la relación de causalidad, elementos indispensables para declarar las responsabilidades postuladas en la demanda. (STS de 14 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ciudad Real fueron vistos los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad por posible negligencia médica, al considerarse inadecuadas las atenciones recibidas por la víctima de un accidente laboral, produciéndose finalmente su fallecimiento. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia absolutoria de los demandados el 11 de julio de 1990. Apelada la misma ante la Audiencia provincial de Albacete, ésta dictó sentencia desestimatoria de las pretensiones formuladas, el 17 de junio de 1991. Finalmente, se presenta recurso de casación ante el Tribunal Supremo, con apoyo en un único motivo: infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del art. 1692-5.º LEC. Se refiere, en este caso, a la interpretación errónea del art. 1902 CC. Este recurso es igualmente desestimado. (J.L.B.)

33. Responsabilidad médica: Inexistencia: Doctrina general.— Según reiterado criterio de las sentencias de esta Sala, la obligación contractual o extracontractual del médico, y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados sino una obligación de medios; es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico; en el presente caso se declara probado que no existe nexo o relación causal entre la conducta de los médicos y la enfermedad sufrida. (STS de 5 de diciembre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Se trata de la aparición en el enfermo del síndrome de Stevens-Johnson consecuencia de la alergia a determinados fármacos, sin que constasen antecedentes previos de la misma, habiéndose probado que con anterioridad el enfermo se auto-administró Bronco-Bactifor que contiene sulfamidas productoras de aquella alergia. Ante la proliferación de demandas de responsabilidad civil contra personal sanitario, el TS muestra cierto «cansancio» al reiterar la doctrina general, de la que es ejemplo esta S. (G.G.C.)

34. Responsabilidad médica.— La doctrina de esta Sala es contraria a la objetividad de la responsabilidad de los profesionales médicos y a la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que deban probar la diligencia con que actuaron. (STS de 15 de febrero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda formulada en reclamación de cantidad por fallecimiento del hijo del actor a resultas de intervención quirúrgica. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. No prospera el recurso de casación del demandante.

NOTA.— Comparto plenamente la doctrina de esta sentencia, partiendo de que la obligación del médico es normalmente de actividad o de medios, como he puesto de relieve en la monografía *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 971 y ss. y 160 y ss. (A.G.S.)

35. Responsabilidad médica. Intervención quirúrgica con resultado de muerte.— Es doctrina de esta Sala la de que, en los casos de pretendida responsabilidad médica, no puede nunca partirse de una presunción de negligencia, sino que, por el contrario, no se podrá acceder a declarar la misma sino en los casos en que conste suficientemente probada la negligencia con que actuó el facultativo al emplear las reglas de la llamada *artis ad hoc*, toda vez que la obligación de asistencia médica no es una obligación de resultado, sino de medios, que exige tan sólo el empleo de los que, en el momento y caso, se deban aplicar, con independencia del resultado que su correcta utilización produzca en el enfermo a quien se aplican. (STS de 28 de febrero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— Promovida por Don Marcelino M. C. y otros ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra Don Angel N. L. sobre reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual médica, recayó sentencia de la Audiencia Provincial en la que, confirmando la del Juzgado, se desestimaba la demanda. No prospera el recurso de casación de los actores. (A.C.S.)

36. Culpa extracontractual: Muerte de menor deficiente por accidente en montacargas: Escapada del colegio público al mediodía estando como mediopensionista: Irresponsabilidad de los padres.— No puede atri-

buirse responsabilidad alguna a los padres de la víctima, pues durante la estancia del menor en el Colegio no ejercían, ni podían ejercer reglamentariamente, misión alguna de control y vigilancia del menor, lo que correspondía a los empleados escolares encargados de tal cometido, pues tales funciones, según S de 3 de diciembre de 1991, se entiende que los padres las delegan en el Centro desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada, sin que conste que el Centro de referencia tuviera permitido el abandono de sus instalaciones para los mediopensionistas al terminar las clases de la mañana.

Anormal funcionamiento del colegio: Falta de vigilancia: Nexo causal.— No es de recibo la decisión de la Sala que, no obstante admitir el mal funcionamiento de los servicios del establecimiento educativo, niega toda responsabilidad del mismo en la muerte ocurrida después de una salida irregular del menor; el Colegio tenía exclusivamente a su cargo el deber tuitivo de vigilancia sobre el alumnado, que debía ser más intenso sobre los que ostentaban condición de mediopensionistas, e incluso extrema en referencia al niño fallecido por sus carencias y deficiencias mentales; la conducta del personal del Colegio es claramente culposa, por omisión del deber de guardar y cuidar al alumnado mediopensionista y por acción de permitir su salida extemporánea, sin preocuparse si la llevaban a cabo sólo los que estaban autorizados para ello, integra actos iniciales decisivos, que si bien no provocaron directamente el suceso, ya que tuvo lugar en instalaciones distintas y no dependientes, sí lo favoreció con categoría de intensidad decisiva; es decir, esta actuación negativa, producida en el primer período de tiempo de los que conforman el *iter* del accidente fue causante provocadora de lo sucedido en el período temporal siguiente, que hay que situar en el montacargas causante de la muerte, sin lapso interruptivo eficaz para romper la relación de los acontecimientos.

Concurrencia de culpas.— No puede marginarse la conducta concurrente del menor, que hizo caso omiso a su deber de permanencia en el Colegio, y aprovechó el descuido y descontrol denunciado para salir a la calle y acudir al inmueble en el que tuvo lugar el accidente mortal; ello determina una minoración del *quantum* indemnizatorio, si bien por las especiales condiciones del mismo se presenta con mucha menos intensidad.

Irresponsabilidad de la propiedad del inmueble en que estaba instalado el montacargas: ausencia de fallos en su funcionamiento.— No hay responsabilidad de la propiedad del inmueble industrial donde ocurrió el accidente, pues el montacargas cumplía las previsiones reglamentarias y las que racionalmente cabe exigir en cuanto a su uso normal, sin que pueda determinarse una situación de riesgo creado para derivar la responsabilidad por la muerte del menor, en línea de cuasi-objetivación de la culpa; en la hora del accidente las puertas del montacargas permanecían abiertas, ya que el portero se encontraba fuera de servicio laboral, y, por otra parte, se desarrollaba una actividad de carga, descarga y atenciones comerciales continuas y no interrumpidas, en horario laboral de ocho de la mañana a ocho de la tarde. (STS de 15 de diciembre de 1994; ha lugar).

NOTA.— No resulta fácilmente explicable, dados los hechos que se consideran probados, la absolución en ambas instancias. Es plenamente de aprobar la estimación del recurso (Pte. Villagómez Rodil). Faltan datos, sin embargo, para profundizar en la argumentación que lleva al TS a estimar la concurrencia de culpas; sólo se dice que era un menor de diez años con «carencias y deficiencias mentales»; era, por tanto, uno de los llamados «Centros de Integración», dependiente del Gobierno Vasco, al que se condena juntamente con la compañía aseguradora. ¿Cuál era su edad mental para poder afirmar que «hizo caso omiso de su deber de permanencia» y que «aprovechó el descuido y descontrol» del Centro para ausertarse del mismo al mediodía? Tampoco resulta convincente la exculpación de la empresa propietaria del montacargas. ¿Era de libre acceso al público? ¿Carece de significado la ausencia de un portero o vigilante en el aparato para impedir su manejo por menores? No falta jurisprudencia que aplica la responsabilidad por riesgo en el caso de accidentes ocurridos en aparatos elevadores, que no se excluye por el mero cumplimiento de formalidades administrativas. Me parece acertada la descripción del *iter* que conduce al suceso luctuoso (salida irregular del Colegio, negligencia del personal del Centro educativo, que viene a ser causa eficaz mediata de la muerte), pero no debían pasarse por alto los hechos inmediatamente causantes de la muerte (manejo del montacargas por menores de edad, uno de ellos deficiente). (G.G.C.)

37. Responsabilidad civil del Estado por funcionamiento anormal del servicio de policía: Acción civil reservada en el proceso penal: Lesiones causadas por guardia civil que se extralimita.— Se reclama una indemnización como consecuencia de las lesiones y daños derivados de la pérdida del ojo derecho producida por el demandado en ocasión de que éste reprochaba al primero una infracción de circulación de carácter grave, consistente en circular en dirección contraria; los hechos dañosos se produjeron después de que el demandado se identificó como Guardia Civil, pues no se hallaba de servicio, e hizo uso de su arma reglamentaria en el altercado callejero que se formó; en el juicio penal en el que el lesionado se reservó expresamente el ejercicio de la acción civil, se acreditó que el Guardia Civil demandado vestía de paisano y estaba fuera de servicio, aunque se identificó como miembro del Cuerpo y en un momento dado sacó su arma reglamentaria, lo que según la Sala *a quo* permite situar su actuación en el marco del funcionamiento del servicio público policial, si bien se reconoce que la función asumida no era de su competencia, aunque la extralimitación en que incurrió no le llegó a situar en zona absolutamente extraña y desconectada con la función encomendada a las fuerzas de policía.

Responsabilidad directa del Estado por actuación culposa de fuerza armada, con excesos y extralimitaciones.— La actuación del Guardia Civil demandado fue la que provocó el desarrollo anormal de un servicio público, que dio lugar a unos daños por la evidente conducta culposa que aquél siguió, siendo doctrina reiterada de la Sala 1.ª declarar la responsabilidad directa y solidaria del Estado, dado que la forma más apropiada para una protección más justa de los perjudicados.

Abono de intereses legales: El Estado no está sometido al art. 921 LEC sino a la Ley General Presupuestaria.— No es aplicable al Estado la obligación de abonar el interés legal, incrementado en dos puntos, a partir de la sentencia de primer grado, sino al art. 45, último inciso, de la Ley General Presupuestaria, que exige para que proceda el abono del interés señalado en el art. 36 párr. 2.º de la misma, que el acreedor reclame por escrito el cumplimiento de la obligación, requisito que no consta se haya cumplido en este caso. (STS de 15 de diciembre de 1994; ha lugar en parte).

NOTA.— En razón a la fecha de realización del supuesto de hecho, no había entrado en vigor la Ley de 1992 sobre la responsabilidad de las Administraciones Públicas, ni mucho menos el C. penal de 1995. Ha de advertirse que en la S extractada no hay datos para saber el resultado del proceso penal contra el causante de los daños, aunque cabe conjeturar su condena, al menos por imprudencia. El actual art. 121 del C. penal vigente no parece corroborar la postura de la Sala 1.ª, al menos de modo claro. En efecto, viene a disponer que «el Estado... responde(n) subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados». Esta parece ser la regla general aplicable a la responsabilidad civil del Estado por los delitos o faltas cometidos por sus funcionarios o contratados. Lo que ocurre es que, acaso innecesariamente, el art. 121 CP hace una remisión, sin citarla, a la Ley de 1992 al decir: «Sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que en ningún caso pueda darse una duplicidad indemnizatoria». ¿Por cuánto tiempo va a seguir manteniendo la Sala 1.ª esa «competencia residual» o «para no dividir la continencia de la causa» o «para mejor atender el interés del perjudicado», en los casos de responsabilidad civil de la Administración? En el presente caso, la opción por la solidaridad o la subsidiariedad no tenía trascendencia práctica, dado que el súplico de la demanda contenía un *petitum* alternativo. (G.G.C.)

38. Ejercicio de funciones públicas por los empleados municipales.— El hecho de que los empleados estén sometidos al régimen estatutario de la Corporación, y a sus Ordenanzas, no implica que en su cometido afecten y lesionen derechos a su incolumidad corporal de (en este caso) cuantos niños acudan a las instalaciones que aquellos están encargados de vigilar, y en su caso, de avisar a la Corporación de su mal estado de conservación.

Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.— No lo es la realización de obras o el haber omitido realizarlas, con omisión de la necesaria diligencia que su ejecución requería, para que el servicio a que afectaban pudiera tener lugar en condiciones de preservar la seguridad pública a que ha de atender el Municipio. En estos casos se trata de una actuación de la Administración en relaciones de derecho privado, llevada a cabo por sus autori-

dades, funcionarios o agentes, y que, en supuestos todavía no sometidos a la Ley de 26 de noviembre de 1992, origina responsabilidad del Ayuntamiento de naturaleza estrictamente civil por culpa *in vigilando e in eligendo* frente a los operarios que realizaron las obras y frente a los que después las vigilaron.

Reclamación previa en vía administrativa.— Es hecho probado que la entidad demandada no notificó su decisión al demandante en el plazo de tres meses, y que éste presentó la demanda judicial en el plazo de los siguientes cuatro meses, cumpliéndose los requisitos contemplados en los arts. 141.3, en relación con el 142 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Además es doctrina reiterada de la Sala que la reclamación previa no opera como condicionante absoluto del ejercicio de las acciones, debiendo ser obviada en aras de la efectividad de la tutela judicial que proclama el art. 24 de la Constitución, aparte de tratarse de un defecto susceptible de subsanación a lo largo del proceso.

Jurisprudencia.— No lo es, en cuestiones civiles, la doctrina sentada por la jurisdicción contencioso-administrativa. (STS de 9 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— A causa del defectuoso estado de conservación de una instalación municipal de juegos infantiles, la hija de los demandantes, de nueve años de edad, sufrió una caída que le produjo rotura de bazo y graves secuelas. Seis meses y 28 días después de la reclamación previa ante el Ayuntamiento, los padres de la niña demandaron a la citada Corporación y a varios empleados municipales (guardajardines e ingenieros técnicos), solicitando fueran condenados solidariamente al pago de una indemnización de 30.000.000.- de pesetas. El juez de Primera Instancia desestimó la demanda, admitiendo la excepción de falta de jurisdicción planteada por los demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima parcialmente la apelación, condenando a los demandados solidariamente a satisfacer a la parte actora una indemnización de 8.293.239 pesetas.

NOTA.— Como indica el propio Tribunal Supremo, la regulación contenida en el art. 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al considerar como propios de la Administración los actos del personal a su servicio, cuando dicha Administración actúe en relaciones de derecho privado, parece derivar hacia el procedimiento previsto en los arts. 142 y 143 de la norma mencionada, y en su caso hacia la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la exigencia de responsabilidad en casos como el decidido por la Sentencia comentada. Sin embargo la competencia de la Jurisdicción Civil podría seguir manteniéndose cuando la causación del daño se haya debido a la concurrencia entre la acción u omisión de la Administración o su personal, y de un particular ajeno a esa relación de servicio, pues de otro modo, y como destaca PANTALEON PRIETO (en «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», publicado en Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 91, págs. 403 y ss.) se impondría al perjudicado la

carga de comenzar dos procesos a la vez, uno ante la jurisdicción contencioso-administrativa y otro ante la civil; el problema es que, como destaca también el citado autor, la jurisprudencia reciente (Sentencias de la Sala 1.ª de 3-10-94 y 31-10-95) limita la competencia de la jurisdicción civil sobre la pretensión indemnizatoria dirigida simultáneamente contra la Administración y un sujeto privado a los casos en que se constate que el particular ha sido efectivamente responsable del daño, cosa que el demandante no puede saber al plantear la demanda. (L.M.L.F.)

39. **Culpa extracontractual: Muerte por alcance de turismo a camión: Culpa exclusiva de la víctima.**— Se declara probado que el camión circulaba a una velocidad muy moderada, ascendiendo una ligera rampa, con sus luces reglamentarias encendidas, mientras el turismo conducido por quien resultó víctima circulaba por el mismo carril y en la misma dirección, detrás del camión, a una velocidad superior (80 a 90 kms. hora), con sus luces correspondientes; el tráfico era muy escaso y el carril izquierdo estaba totalmente expédito para adelantar, no obstante lo cual el turismo impacta fuertemente en la trasera del camión, sin que queden huellas de frenada; no se probó que el camión hubiera iniciado una maniobra de desvío hacia el carril izquierdo, ni que la trayectoria del turismo hubiera sido interceptada por el camión, que circulaba a plena carga por el carril derecho; la atención normal del conductor del vehículo tenía forzosamente que haber abarcado la presencia del camión y lo moderado de su velocidad, por lo cual no se aprecia culpa alguna del conductor del camión, quedando racionalmente esclarecido que el accidente ocurrió por no apercibirse el conductor del turismo de la presencia del camión; se trata de un supuesto de culpa exclusiva de la víctima la cual requiere ausencia de culpa, incluso levísima en el conductor del coche con quien colisionó y exige una interpretación estricta.

Responsabilidad por riesgo: insuficiencia de la mera causalidad material.— La S de 8 de noviembre de 1990 declara que la responsabilidad por riesgo no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en sentido clásico, pues casi siempre hay un principio de imputación positiva, en la que aún predominando el criterio de objetividad basado en la creación de riesgo, no puede decirse que hay ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños, siendo esta actuación voluntaria, mediata o indirecta, el fundamento de esta responsabilidad que impide caer en una responsabilidad primitiva por el mero resultado; en definitiva, la imputación derivada de la responsabilidad por riesgo no se basa en la mera causación ni en la simple causalidad material.

Inversión de la carga de la prueba.— La doctrina del *onus probandi* que impone al conductor la carga de probar, no es aplicable a los casos en que el Tribunal ha extraído de otras pruebas el hecho a probar, consistente en la falta absoluta de culpa por parte del conductor demandado.

Carácter de la responsabilidad por accidentes de circulación.— Ni el art. 1.º del D de 1968, ni las disposiciones que le han seguido, consagran una responsabilidad objetiva del conductor del vehículo que se dice causante del accidente, como lo demuestra la exoneración en caso de culpa exclusiva de la víctima. (STS de 16 de diciembre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Sentencia que destaca por varias circunstancias: 1) la personalidad de Ponente (SANTOS BRIZ) uno de las mayores especialistas españoles en responsabilidad por culpa extracontractual, 2) la cuidadosa redacción y descripción de los hechos que han conducido a declarar que el accidente se produjo por culpa exclusiva de la víctima, 3) la preocupación por calificar de responsabilidad basada en el riesgo a la derivada de la circulación viaria (mientras hay autores que la califican de cuasi-objetiva), 4) La precisión de ser excepcional la exclusión de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima. Todo ello me parece que permite la conclusión de no encontrarnos ante un giro de la jurisprudencia de la Sala 1.ª en esta materia, sino a un propósito de precisar bien el ámbito de aplicación de la ley especial. Marginalmente una consideración sobre el retraso judicial (¿inexplicable?) que se ha producido en este caso: la S de 1.ª instancia es de noviembre de 1985, la de apelación, de febrero de 1988, y la de casación de diciembre de 1994. Una desestimación de la pretensión ejercitada por la viuda, al cabo de más de nueve años de dictada la primera resolución judicial no deja de ser extemporánea, aunque haya habido coincidencia en el carácter desestimatorio de las tres sentencias recaídas. (G.G.C.)

40. Concurrencia de culpa y relación de causalidad en el art. 1902 CC por daños derivados de la circulación de vehículos de motor.— Debe darse, inexcusablemente, cierto grado de culpabilidad en la conducta del conductor si se origina un daño como consecuencia de la conducción y circulación de vehículos de motor. Al no ser la causa del accidente imputable al conductor del vehículo, sino a una actitud negligente de la víctima, quiebra el requisito del nexo causal que necesariamente debe concurrir para que exista responsabilidad extracontractual por culpa *ex art.* 1902 CC.

Alegación de preceptos reglamentarios no civiles en casación.— Es pacífica la jurisprudencia que entiende no comprendidos en el art. 1692.5.º LEC los preceptos que no sean sustantivos civiles y, en especial, los reglamentarios, que sólo pueden ser citados en casación como base de una infracción de normas sustantivas, constituyendo elemento integrador del precepto sustantivo para la declaración de una responsabilidad penal o civil extracontractual. (STS de 9 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia del atropello, y posterior fallecimiento debido a las graves lesiones sufridas, de un peatón cuando se disponía a cruzar la calzada dirigiéndose hacia el paso de cebra existente a escasos metros, son demandados el conductor y propietario del vehículo, su cónyuge, y la Compañía aseguradora del vehículo, exigiendo una indemnización de más de diecisiete millones de pesetas. En primera instancia se estima parcialmente la demanda, concediendo cinco millones de indemnización, siendo revocada dicha resolución por la Audiencia Provincial. (S.Q.M.)

41. Responsabilidad por hechos de la circulación de vehículos de motor.— Frente a la posible indefensión de la parte recurrente por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, al amparo del ordinal 3.º, inciso 2.º, del

art. 1692 LEC, considerando como norma infringida la del art. 359 de dicha Ley, se razona, en síntesis, que el inciso citado no es el correcto, ya que es el 1.º el que se refiere al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que rigen los actos y garantías procesales, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, que es, efectivamente, al que se alude en el motivo, ya que se cita como precepto infringido el art. 359 del texto procesal y su desarrollo argumental gira en torno al tema de la incongruencia de la sentencia. En cualquier caso, no debe tildarse de incongruente el fallo recurrido, puesto que el fallo absolutorio se debió, substancialmente, a la inconcreción resultante sobre la persona que conducía el vehículo, duda no desvirtuada por las pruebas practicadas en autos.

El segundo motivo del recurso, último formulado, basado en el ordinal 5.º del art. 1692 LEC, estima como normas infringidas las de los arts. 1253 y 1902 CC. En lo tocante a esta cuestión, la Sala considera que, evidentemente, el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, acogándose en el art. 1902 CC, cuya aplicación requiere por regla general, la necesidad de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso. La Sala ha evolucionado moderadamente en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, recomendando la inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, pero sin excluir de modo absoluto el clásico principio de la responsabilidad culposa, (SS de 29 de marzo y 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y 1 de octubre de 1985, 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986, 5 de febrero de 1991 y 5 de octubre de 1994 entre otras muchas). Se ha producido así un acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor. Resulta fuera de toda duda, que la exigencia de responsabilidad de los conductores de los mismos respecto a las consecuencias dañosas derivadas de la conducción, requiere la concurrencia en dichos conductores de un factor culpabilístico o negligente, aunque fuera mínimo, lo cual no sucede en el caso de autos, dada la imposibilidad de concretar la persona que condujera el vehículo al tiempo del accidente. En relación con el art. 1253, tampoco cabe atribuir la comisión de infracción alguna por el Tribunal *a quo*, ya que el mismo no hizo uso en absoluto de tal medio probatorio. (STS de 14 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Avilés, fueron vistos los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre declaración de cantidad derivada de un accidente de tráfico. Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 21 de noviembre de 1989, estimando parcialmente las pretensiones del demandante. Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, la cual dictó sentencia desestimatoria en fecha 18 de mayo de 1991, si bien estimó el recurso presentado la parte condenada en el anterior fallo. Finalmente, se formalizó recurso de casación ante el Tribunal Supremo basándose en dos motivos: quebrantamiento de las formas esenciales del juicio e infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales habiéndose producido indefensión para el recurrente, considerándose in-

fringido el art. 359 LEC. El otro motivo alegado fue la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables al caso. Así, se consideran infringidos los arts. 1253 y 1902 CC. El recurso fue desestimado. (J.L.B.)

42. Responsabilidad por riesgo: Venta de artefacto explosivo: Exigencia reglamentaria de manejo por profesionales: Falta de etiquetado: Culpa del vendedor: Art. 1902.— La Audiencia da por probado que el llamado «Trueno de seguridad n.º 4», causante del accidente dañoso, tenía una mezcla detonante pirotécnica de 15,8 gramos, lo que hace que se incluya en la clase III de la clasificación de la pirotécnica (art. 18 RD de 18 de abril de 1980), que por prescripción reglamentaria han de ser «utilizados exclusivamente por personal perteneciente a un taller de pirotecnia debidamente legalizado» (id. id.), y también se da por probado la falta de etiquetado; tales hechos llevan directamente a la conclusión de que al recurrente se le vendió un artefacto distinto del que pidió (que fue de la clase II, susceptible de utilización por personas mayores de dieciocho años), no constando que se le advirtiera nada sobre el que se le vendía en cuanto a su utilización, ni tampoco se expresaba en su envase, pues en el acta levantada por Inspectores de la Generalidad Valenciana, a raíz del accidente, en el comercio en donde el adquirente adquirió el producto, se hace constar que los «Truenos de seguridad n.º 4» están envueltos en papeles de distintos colores, sin ningún tipo de inscripción, y se venden a granel; omisiones que infrigen el art. 140.5 del D de 2 de marzo de 1978 sobre embalajes de productos pirotécnicos.

Relación de casualidad.— Las conductas relatadas no constituyen meras infracciones que deban residenciarse en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, como declara la Audiencia, sino que han sido la causa directa del daño cuya reparación se reclama, pues con la puesta a la venta del producto pirotécnico en cuestión se ha creado un grave riesgo para el usuario; la sentencia recurrida ha infringido la doctrina de esta Sala que establece la responsabilidad de quien ha sido creador de un riesgo cualificado respecto a quien sufre el daño consiguiente a su concreción o plasmación; pero ni siquiera es aquí necesario acudir a tal doctrina pues basta con la tradicional de la culpa en que se funda el art. 1902 CC, la cual ha sido probada por el actor.

Legislación protectora de los consumidores: Infracción del art. 28 Ley 1984.— El artefacto explosivo entra, sin ninguna duda, en el supuesto de hecho del párr. 1.º del art. 28 de la LGDCU de 1984, y el fabricante no ha controlado su elaboración a fin de su debida clasificación según los Decretos antes aludidos, con radical influencia en las personas que lo podían utilizar, por lo cual se impone aplicar la responsabilidad objetiva que señala aquel precepto. (STS de 19 de diciembre de 1994; ha lugar).

NOTA.— Solución justa del caso planteado, impecablemente razonada (Pte. GULLÓN BALLESTEROS) en la que, sucesivamente, se aplican los criterios de la responsabilidad culpabilista, por riesgo y de carácter objetivo de la Ley de Consumidores. La S «se carga de razón», y de razones para estimar una demanda que había sido, inexplícitamente, rechazada en ambas instancias. Marginalmente cabría hacer alguna reflexión «sociologista» —que no «sociológica»— sobre

la «realidad social» del tiempo en que la norma se aplica, ¿Cabría entender que el JPI n.º 3 de Castellón y la Sec. 7.ª de la AP de Valencia, que habían intervenido en primera y segunda instancia, han interpretado esa «realidad social» con criterio más benevolente (mera infracción administrativa) que la Sala 1.ª, distante y distinta? ¿se interpreta bien en Madrid la «afición pirotécnica» de la sociedad valenciana? Carezco de datos para responder a este interrogante aunque no deja de sorprender la concorde absolución de la demanda en ambas instancias. Por otra parte parece también confirmarse aquí la mayor atracción que en nuestro TS ejerce el principio culpabilista que el objetivista, pues se invoca aquél para reforzar, probablemente, éste. A la hora de valorar el daño causado, consistente en la amputación de varias falanges de la mano derecha, aunque la demanda la fijaba en algo más de 16 millones, el TS la reduce a cuatro millones por no haber quedado impedido para toda tarea laboral. (G.G.C.)

43. Accidente doméstico por explosión de producto embotellado con resultado de lesiones graves. Aplicación del art. 27 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.— El art. 27 de la tan citada Ley 26/84 señala el párrafo c) del apartado 1 quien es el responsable de los daños al usuario y consumidor en los casos de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, que aquí es la entidad recurrente, al no haber probado la incorrecta manipulación por terceros. (STS de 8 de febrero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— El día 21 de junio de 1988 la demandante se hallaba en el domicilio de sus padres con quienes vive y en unión de un matrimonio. Sobre las 21,30 horas de dicho día, la demandante y la vecina presente se dirigieron a otra habitación del piso para coger unas botellas de cerveza y meterlas en el frigorífico, y en el suelo estaban depositadas diversas botellas de cerveza y tónica Schweppes sueltas, además de un paquete conteniendo seis unidades de este último producto. La demandante se agachó para coger una cerveza momento en el cual dos botellas de tónica del paquete estallaron sin manipulación alguna y sin haber sido tocadas, y los cristales de dichas botellas impactaron sobre el ojo derecho, produciéndose graves lesiones, habiendo perdido totalmente la visión de dicho ojo además de sufrir y seguir padeciendo en la actualidad molestias tanto físicas como morales con la pérdida del miembro visual y con deficiencia estética que ello conlleva. Las botellas fueron compradas por la madre de la demandante en un determinado hipermercado. Por ello, solicitaba la actora la condena solidaria de las demandadas al pago de 30.000.000 pesetas como indemnización.

El Juzgado desestimó la demanda, siendo su sentencia revocada en grado de apelación respecto a la entidad Schweppes, que fue condenada al pago a aquélla de una indemnización de 12.000.000 pesetas. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación de la entidad demandada. (A.C.S.)

4. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

44. Tradición. Adquisición de la propiedad.— La Sala ante la constatación de que la recurrente ha adquirido por compraventa solemnizada en escritura pública, del titular registral y reuniendo todas las condiciones exigidas por el art. 34 LH para ser mantenida en su adquisición, realiza respecto del caso planteado las siguientes consideraciones: en primer lugar, la plena operatividad de la equivalencia entre tradición y otorgamiento de escritura pública, no resultando ni deduciéndose lo contrario de la misma; en segundo lugar, que al existir tradición, se ha cumplido la exigencia impuesta en el art. 609 CC para adquirir el dominio (título y tradición); en tercer lugar, que la eficacia de este último efecto de la tradición en cualquiera de sus formas sólo queda enervada cuando el tradente no tenía la posesión a título de dueño de la cosa (inmediata o mediata, a través de la posesión de otro en concepto distinto del de dueño), y no hay ninguna declaración en la sentencia recurrida de que la posesión a título de dueño de la porción de terreno discutida la tuviese persona distinta del tradente, no bastando al efecto declaraciones vagas y ambiguas de testigos que afirman que estaba cultivada por otro, porque el hecho del cultivo no es sinónimo en modo alguno de propiedad, puede obedecer a múltiples títulos, incluso precario; en cuarto lugar, que el tradente tenía a su favor la presunción de posesión que otorga el art. 38 LH al titular inscrito, y si bien es una presunción *iuris tantum* de posesión dominical, por ser lo inscrito su derecho de propiedad, lo cierto es que no se ha impugnado en el proceso tal presunción.

Carácter constitutivo de la forma en las donaciones de inmuebles.—

El art. 633 CC es forma constitutiva de la donación de inmuebles, siendo ante su ausencia nula de pleno derecho o más bien inexistente en el pleno jurídico. Esta nulidad o inexistencia precisamente por sus características, pudiera haber sido apreciada de oficio por la Sala de Apelación.

Acción reivindicatoria.— Es doctrina jurisprudencial reiterada por esta Sala la que afirma que no es preciso, al ejercitarse la acción reivindicatoria, pedir la nulidad del título de los demandados (si lo exigió la sentencia recurrida) cuando las partes derivan sus derechos de hechos o documentos diversos sin relación o dependencia limitándose el juzgador a determinar el valor, eficacia o preferencia de los documentos o datos que aportan actor y demandado. También declara esa doctrina que lo mismo sucede cuando el título del actor es anterior al del demandado (SS de 1 de febrero de 1947, 12 de marzo de 1951, 8 de julio de 1954 y 15 de febrero de 1962). (STS de 10 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Se formula juicio declarativo de menor cuantía sobre acción declarativa de dominio y reivindicatoria, por Mobiland Benidorm, S.L. contra Don R. L., Don C. L. y Doña M.^a P. G., pretendiéndose que se declare que la actora es propietaria de una superficie cuya propiedad mantienen los demandados Don R. L. y Doña M.^a P. G. que a ellos les corresponde por habérsela vendido Doña M.^a P. G., a su vez demandada, por escritura pública de 26 de septiembre de 1988. Doña M.^a P. G. afirma que la finca es de su propiedad ya que fue donada a su padre por la propietaria no existiendo ni escritura pú-

blica ni la consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Se basa la demandante en que la finca donde se ubican los metros reclamados fue adquirida por ella mediante escritura de compraventa a su titular registral de 15 de abril de 1989, existiendo concatenación sin interrupción desde la primera inscripción registral de la finca hasta la suya.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, siendo su sentencia revocada en grado de apelación por la Audiencia. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia y confirma la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia. (O.M.B.)

45. Acción de deslinde. Diferencias con la acción reivindicatoria.— Prevalcen las diferencias que la propia jurisprudencia establece al señalar que la acción que confiere el art. 384 CC, si bien tiene contradicciones con la reivindicatoria, obedece a objetivos distintos al perseguir la concreta delimitación de los linderos o perímetro del objeto o finca reclamada. Y sus diferencias con la reivindicatoria son claras, según se expuso en la sentencia de 11 de julio de 1988, al decirse entonces: «La finalidad identificativa que se pretende con el ejercicio de la acción de deslinde que autorizan los arts. 384 y ss. CC, supone ciertas afinidades con la acción reivindicatoria, pero son evidentes sus diferencias, ya que mientras que en una prevalece la finalidad puramente individualizadora del precio, fijando sus linderos y persiguiéndose la concreción de unos derechos dominicales ya existentes sobre una zona de terreno incierto —mera cuestión de colindancia—, la otra representa, frente a la primera, la protección más amplia posible del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de su posesión de quien indebidamente la detente, de tal forma que puede prevalecer la acción reivindicatoria y nunca de deslinde, independientemente de quien sea el poseedor del predio, cuando no exista confusión de linderos y la finca esté perfectamente limitada e identificada». Si bien en su literalidad el art. 384 CC exige para resolver el deslinde o facultad inherente en todo propietario, que se citen los dueños de los predios colindantes, la jurisprudencia de esta Sala ha suavizado ese rigor, en la idea de que sólo cabe esta exigencia en torno al lindero que, en su caso, sea objeto de la discusión, sin que, por tanto, tengan que traerse al proceso a todos aquellos dueños sobre los que no exista contienda al respecto; así la sentencia de 3 de diciembre de 1989 expuso: «La acción de deslinde, como interesa a los propietarios de las fincas que estén en linde incierta y discutida y no a los demás que tengan perfectamente reconocidos sus límites». (STS de 27 de enero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— Demanda de menor cuantía de Doña Alegría J. S. contra Doña María Rosario J. S. y otros sobre deslinde y amojanamiento. En primera instancia se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, estimándose por la Audiencia parcialmente la demanda. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

46. Comunidad de propietarios. Obras que entrañan alteración de los elementos comunes.— Al tratarse de obras que entrañan alteración de los elementos comunes del edificio, de tan grave trascendencia, además, como la de comunicar interiormente dicho edificio con otro perteneciente a distinta Comunidad, se requería el consentimiento unánime de todos los propietarios

adoptado en Junta convocada al efecto (art. 11 en relación con la regla 1.ª del art. 16, ambos de la Ley de Propiedad Horizontal), cuyo acuerdo comunitario unánime no sólo no se habrá adoptado, sino que en la fecha en que ha de suponerse firmada la referida expresión («Conforme: Por la Comunidad») por la Presidenta de la misma, no se había celebrado aún ninguna Junta de propietarios para tratar de dicho asunto.

Abuso del derecho.— Es reiterada doctrina de esta Sala la de que el abuso del derecho, que proscribe el art. 7.2 CC, ha de resultar claramente patentizado por la concurrencia de las circunstancias que lo configuran, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un interés serio y legítimo, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho y producción de un perjuicio injustificado (SS de 26 de abril de 1976, 2 de junio de 1981, 22 de abril de 1983, 25 de junio de 1985, 14 de febrero de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991, 5 de abril de 1993, entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial que acaba de ser expuesta ha de llevar a la inexorable desestimación del motivo, ya que es plenamente legítimo y serio, y en modo alguno excesivo o anormal, el interés jurídico de los demandantes, en su calidad de copropietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en oponerse a que se alteren los elementos comunes de su edificio, de tan grave trascendencia, además, como es la de abrir huecos en el muro medianero (elemento común) que separa dicho edificio del contiguo, perteneciente a distinta Comunidad, y poner ambos inmuebles en comunicación, para ampliar las instalaciones de una industria de cafetería, con las consiguientes complejidades comunitarias para ello puede entrañar, por lo que el principio *qui iure suo utitur neminem laedit* adquiere, en el caso concreto aquí examinado, su plena vigencia, al aparecer clara y patente, en los actores, la existencia de una *iusta causa litigandi*. (STS de 13 de febrero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— En agosto de 1984, Don Luis L. B. comenzó a realizar obras consistentes en abrir cuatro huecos en el muro medianero de su piso bajo derecha de la casa número 3 de la Plaza de Oriente para comunicarlo con el Café de Oriente, al objeto de ampliar las dependencias de este último. Ante la realización de tales obras, determinados copropietarios promovieron contra Don Luis L. B. un procedimiento de interdicto de obra nueva, en el que recayó sentencia que decretó la suspensión de la obra que se llevaba a efecto en el muro medianero. En noviembre de 1986, los aludidos copropietarios promovieron contra don Luis L. B. juicio de menor cuantía, por el que postularon se dicte sentencia por la que se condene al demandado a realizar obras necesarias para cerrar los cuatro huecos hechos en la pared medianera, cerrar asimismo la ventana abierta en pared medianera y cerrar el sótano excavado en el local. En dicho proceso, en su grado de apelación, recayó sentencia, por la que, revocando parcialmente la de primera instancia, que había desestimado totalmente la demanda, estimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por Don Luis L. B. (A.C.S.)

47. Posibilidad de establecer por vía estatutaria un régimen de coeficiente participativo distinto del fijado en el título constitutivo de la Propiedad Horizontal.— El título constitutivo otorgado de forma unilateral por el promotor puede ser modificado en materia de determinación de las cuotas participativas por los copropietarios, pues la ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 así lo autoriza, siempre que concorra el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, según lo dispuesto en el art. 16 de la citada ley. «Es procedente, por tanto, la modificación del título constitutivo por medio de los Estatutos, en los que cabe establecer un régimen de coeficientes participativos distinto e incluso más gravoso que el precedente, así como fijar exclusiones, conforme a la doctrina reiterada de esta Sala (sentencias de 28-12-1984, 2-3-1989, 2-2-1991, 22-12-1993 y 22-3-1994, entre otras)». El sistema estatutario acordado de distribución de cuotas para atender a los gastos comunes, en tanto no sea modificado con observancia de los requisitos y normativa legal que lo disciplinan, ha de prevalecer como preexistente, ejecutable y obliga a seguir acatándolo y cumpliéndolo. (STS de 9 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El litigio se inicia por demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la Comunidad de Propietarios en el régimen de Propiedad Horizontal, solicitando la anulación de un acuerdo adoptado en Junta General respecto de la modificación del sistema de contribución al sostenimiento de los gastos comunes. La comunidad de propietarios además de oponerse a la demanda, formuló reconvencción solicitando que se abone a la demandante el pago de cierta cantidad en concepto de las cuotas adeudadas por la actora. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y acoge las pretensiones de la comunidad demandada reconviniente. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la propietaria demandante. (I.H.M.)

48. Retracto legal: Precio a reembolsar por el retrayente.— El retrayente ha de entregar al comprador la cantidad que realmente entregó por la cosa, aunque no coincida con el precio fijado en la escritura pública de compraventa.

Precio real.— Cuestión de hecho que, en el caso concreto, se entendió probado por la Audiencia, no siendo desvirtuado por los retrayentes al inadmitirse el motivo de casación que invocaba error en la apreciación de la prueba. (STS de 30 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— Los demandantes promovieron juicio de retracto de comuneros sobre la tercera parte indivisa del dominio útil de una finca, por el precio que se hacía constar en la escritura pública de compraventa. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pese a la alegación de la sociedad compradora de no coincidir el precio escriturado con el real. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso, declarando el derecho de los apelados a retraer la tercera parte indivisa de la finca litigiosa, previo el reembolso del precio real, y no del figurado en la escritura de venta.

NOTA.— Como ha destacado Coca Payeras, en su comentario a la STS de 28 de junio de 1991 (publicado en CCJC, n.º 27, pp. 807 y ss.), la doctrina Jurisprudencial relativa al precio en el retracto viene inclinándose por la prevalencia del precio real, cuando se acredite debidamente que no se corresponde con el escriturado; incluso será ese precio real el que haya de consignar el retrayente si se prueba que le era conocido en el momento de interponer la demanda retractual.

No parece que exista problema en admitir dicha doctrina bajo el presupuesto de que el precio real sea conocido, ya que, como menciona el propio autor citado, lo contrario supondría desvirtuar la figura del retracto para concebirlo como una sanción fiscal entre particulares que el retrayente puede imponer, en su exclusivo beneficio, al enajenante, cosa inadmisibles desde una interpretación teleológica del mecanismo retractual, por mucho que no resulte posible descartar el beneficio indirecto que al Fisco le reportaría semejante mecanismo de coerción para que los particulares escrituraran por el precio real.

El problema consiste en determinar cómo puede probarse la existencia de un precio real diferente al que se ha hecho constar en documento público, y más concretamente cómo puede probarse frente al retrayente. Admitir la certificación de las entidades bancarias que hayan podido intervenir en el pago del precio parece sumamente peligroso para el derecho del retrayente, pues resultará muy fácil preconstituir una prueba orientada a defraudar el derecho del retrayente: por ejemplo, bastará con que el comprador extienda un cheque en favor del vendedor por una cantidad superior al precio real, al mismo tiempo que el vendedor extiende a favor del comprador otro cheque por la diferencia entre el importe del primer cheque y el precio real, pero contra una cuenta distinta de aquella que intervendrá en el cobro del primer cheque. Este tipo de maniobras podrían conducirnos a la existencia de tres precios: el escriturado (para defraudar al Fisco), el real, absolutamente inescrutable, y el resultante del cobro del primer cheque (superior al real y orientado a defraudar el derecho del retrayente).

Tampoco parece adecuado generalizar la tendencia apreciada en la STS de 12 de junio de 1984, que en ausencia de cumplida prueba del precio real se orientó por imponer al retrayente el reembolso del valor resultante de la prueba pericial en un supuesto en que dicho valor era manifiestamente desproporcionado respecto del precio escriturado (cincuenta y siete veces superior). Si acudimos a consideraciones lógico-jurídicas, habremos de concluir que el fundamento del retracto es una subrogación del retrayente en el lugar del comprador, no una expropiación en interés particular del bien retraído, y por lo tanto que ha de estarse al precio real y no a valoraciones objetivas.

Aplicar la prueba de presunciones para deducir que faltando la prueba del precio real es más probable que dicho precio coincida con el resultado de la valoración pericial que con el declarado por las partes en un documento público, no parece una salida demasiado correcta, al menos por los siguientes motivos:

1.— Nuestro Ordenamiento Jurídico atribuye una singular fuerza probatoria al documento público.

2.— Dicha deducción sólo es posible sobre la base de entender que los intervinientes en la compraventa que motivó el retracto han incurrido en fraude o falsedad en documento público, y ello ha de ser rigurosamente probado al tropezar con la presunción general de probidad y buena fe que impregna todo el articulado del Código civil.

3.— Es una deducción ciertamente chocante en un ordenamiento que rechaza la rescisión por lesión sobre la base de que los bienes valen el precio que por ellos puede obtenerse, y que admite adjudicaciones en subastas judiciales a precios, frecuentemente irrisorios.

Por consiguiente, la solución de sustituir el precio declarado por el valor pericial, ya sea directamente o por la vía de presumir que ese valor coincidirá más probablemente con el precio real que el precio escriturado, ha de considerarse una solución de crisis, absolutamente excepcional y reservada para supuestos de absoluta, total y escandalosa disparidad. En el caso decidido por la sentencia comentada, la apreciación del precio real llevada a cabo por la Audiencia no fue impugnada en forma, con lo cual queda todavía más oscurecido el procedimiento seguido por dicho Tribunal para formar su convicción; sin embargo, ante la relativamente escasa diferencia existente entre los 4.500.000.- pts. escriturados, y los 10.000.000.- pts. que se consideraron como precio real probado, no nos parecería adecuado que el informe pericial hubiera constituido la exclusiva base de ese convencimiento.

En el plano del Derecho y de la carga de la prueba hay que aplicar el tradicional aforismo *dura lex sed lex* a quienes voluntariamente se han colocado en una difícil situación de la rigurosa aplicación de la Ley, y más concretamente de los arts. 1218, 1219 y 1230, se deriva un indirecto beneficio para el interés público que parece implicado en el hecho de que los documentos públicos sean un fiel reflejo de los actos jurídicos que formalizan, tanto mejor; después de todo este último objetivo fue uno de los motivos alegados por el Alto Tribunal en las sentencias de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1992, para fundamentar el giro de su jurisprudencia en relación con la nulidad parcial de la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial. (L.M.L.F.)

49. Inconstitucionalidad del art. 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1873. Supresión del sistema de subrogación legal del adquirente de finca hipotecada a favor del Banco de España.— Según el art. 36 la citada ley, cuando la finca hipotecada a favor del Banco de España cambia de dueño, el adquirente quedaba subrogado de derecho en todas las obligaciones que hubiese contraído su causante con el Banco, obligación que «no eran sólo las estrictamente hipotecarias, cuya mención a estos fines sería intrascendente dada la inherencia del gravamen antes dicho en los bienes transmitidos, sino también las personales» (STS de 19 de diciembre de 1972). Sin embargo, el Tribunal Constitucional por sentencia de 5 de mayo de 1994, ha declarado la inconstitucionalidad de dicho precepto y con ello, la supresión del sistema de subrogación legal del adquirente en atención a las diferencias injustificadas de trato que comporta, por violación del art. 14 de la Constitución Española

«dada la evidente tendencia latente en una evolución normativa que ha apuntado con firmeza a lo largo de este siglo hacia la aproximación del régimen del citado Banco y de las restantes entidades de crédito y de la situación de los acreedores hipotecarios de uno y otras».

El tercero del art. 114 LH comprende el adquirente de la finca en pública subasta.— Se refiere a quien «sin haber intervenido en la hipoteca, adquiere e inscribe el dominio u otro derecho real sobre la finca» (STS de 12 de julio de 1941), concepto que, aunque relativo, no excluye a la entidad que no fue parte contractual en el préstamo, ni sujeto activo pasivo en la constitución de la hipoteca, como es el adquirente de la finca en pública subasta. (STS de 11 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El litigio se inició por demanda de juicio declarativo de menor cuantía por una entidad S.A. contra el Banco Hipotecario de España para solicitar la cancelación de la hipoteca. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia, en grado de apelación, confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo no estimó el recurso de casación interpuesto por el Banco de España. (I.H.M.)

5. DERECHO DE FAMILIA

50. Uniones de hecho. Régimen jurídico.— La jurisprudencia viene admitiendo que no pueden ser traspoladas a las uniones de hecho las normas que regulan la sociedad de gananciales pues aunque se reconoce «el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la posibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución. (SS de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992; 18 de febrero y 22 de julio de 1993; STC de 19 de noviembre de 1990)».

«La doctrina jurisprudencial ha tenido por tanto que acudir en estos casos, a los pactos expresos o tácitos entre los interesados, que patencen la voluntad de los convivientes en constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos o la *facta concludentia* deben evidenciar, que fue la voluntad de ambos la que determinó el hacer comunes determinados bienes adquiridos durante la vigencia de la unión». (STS de 11 de octubre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Partiendo de una unión *more uxorio*, una exconviviente interpuso una demanda solicitando entre otros pronunciamientos que se declarase que un bien inmueble era propiedad por mitad e iguales partes de la actora y del demandado. Contestada la demanda, con formulación de reconvencción, el Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la misma declarando que el bien inmueble pertenecía pro indiviso a ambas partes en una porción de alcuotas partes del 60% para el demandado y un 40% para la actora y desestimó la reconvencción. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial

de Salamanca estimó en parte el recurso de apelación en el sentido de rectificar la parte correspondiente a cada comunero que será la de un 50% para cada uno.

Interpuesto recurso de casación, el TS falló que no había lugar al recurso planteado.

NOTA.— La sentencia que nos ocupa aborda de forma clara la premisa de que a las uniones de hecho es preciso darles una solución legal que no esté fundada en el régimen de las uniones matrimoniales, sino en otros sectores del ordenamiento jurídico.

Esta premisa encuentra una primera quiebra en aquellos casos en los que exista un pacto expreso entre los convivientes, en virtud del cual hubiesen decidido regir sus relaciones económicas por alguno de los regímenes del Estado, pues ¿qué impediría aplicar las normas de dicho régimen?

Por tanto, el problema se reduciría a aquellos supuestos en los que no exista pacto expreso, sino fundado en la *facta concludentia*. Las soluciones legales que pueden darse son de diversa índole:

- 1.— Aplicación de las reglas del enriquecimiento injusto.
- 2.— Utilización de las normas que rigen la comunidad de bienes.
- 3.— Acoger las normas de la sociedad civil.
- 4.— Aplicación por analogía de las normas del matrimonio.

Esta línea contestada por la sentencia que nos ocupa, fue sin embargo sostenida por la STS de 21 de octubre de 1992 donde se afirma que «atendidas las circunstancias de cada caso concreto, puede predicarse la aplicabilidad (no por analogía *legis*, que aquí no se da, sino por analogía *iuris*) de algún determinado régimen económico de los diversos que para el matrimonio regula el citado título del Código Civil siempre que quede patentizado por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo».

Sin entrar a abordar cual de las vías legales propuestas sería más factible, es preciso señalar que a falta de una regulación legal, dado que las uniones de hecho encuentran su protección legal en la propia protección de la familia que reconoce el art. 39 de la CE, tendríamos que aplicar, en todo caso, a las uniones *more uxorio* aquellas normas que perteneciendo a las uniones matrimoniales tienen fundamento en la protección de la familia que reconoce el art. 39 de la CE pues no en vano el propio Tribunal Constitucional en S 222/1992 de 11 de diciembre integra a las uniones de hecho dentro del concepto de familia. (Ver: la ponencia de VALPUESTA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO «La institucionalización jurídica de la pareja de hecho. Registro de parejas de hecho», publicada en *II Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos. Las Uniones de Hecho*, Cádiz 1995). (S.A.R.)

51. Régimen aplicable a los bienes adquiridos por los integrantes de uniones de hecho.— No hay infracción del art. 392 CC, en relación con los arts. 609 y 400 CC, ni de la doctrina jurisprudencial que declara la imposible aplicación a las uniones *more uxorio* de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales (S de 18 de febrero de 1993), pues el Juzgador *a quo* está de-

clarando la existencia entre los convivientes de una sociedad civil irregular de carácter universal que habrá de regularse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (art. 1669, párr. 2.º, CC), por lo que, se califiquen tales relaciones de comunidad normal de bienes o de sociedad civil irregular, el régimen aplicable es el mismo.

Computación de los plazos de prescripción.— Es doctrina jurisprudencial reiteradísima que lo relativo a la computación de los plazos de prescripción es cuestión de hecho y por tanto determinable por la apreciación de las pruebas practicadas; ello conlleva que no pueda prosperar en casación la alegación de un momento inicial del plazo prescriptivo distinto del aceptado como tal por la sentencia recurrida.

Valor de los documentos administrativos.— Es reiterada doctrina jurisprudencial que los documentos administrativos, cual es el certificado expedido por Secretario General de Ayuntamiento, carecen de virtualidad y fuerza documental suficiente para acreditar error probatorio. (STS de 18 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— La actora, que junto con el hoy fallecido había ejercido diversas actividades industriales y adquirido bienes, conjunta o individualmente, para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común habían consolidado, reclama como gananciales, contra la viuda, herencia yacente y desconocidos herederos del causante, los bienes adquiridos por el finado durante el tiempo que duró la convivencia, por lo que debían repartirse entre la demandante y sus legítimos herederos. En primera instancia se estima parcialmente la demanda, declarando los bienes adquiridos por los convivientes como gananciales, y en consecuencia la procedencia de la liquidación de la sociedad de gananciales. El recurso de apelación se desestima, aunque sin aceptar los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida. La viuda del fallecido recurre en casación. (S.Q.M.)

52. Capitulaciones matrimoniales. Forma.— La exigencia de escritura pública, con carácter constitutivo o *ad solemnitatem* que establece el art. 1327 CC, correctamente interpretado, se refiere exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, o sea, a las estipulaciones a través de las cuales los esposos establezcan el régimen económico de su matrimonio, lo modifiquen o lo sustituyan por otro, con todos los demás pactos relacionados con ello y que, por tanto, tengan naturaleza capitular, pero de dicha naturaleza carecen evidentemente las operaciones liquidatorias o particionales de una sociedad conyugal ya disuelta, aunque las mismas se practiquen en una misma escritura de concurrentes o simultáneas capitulaciones matrimoniales, a cuyas operaciones particionales o liquidatorias no es aplicable, para la validez de las mismas, la exigencia de escritura pública con el expresado carácter constitutivo o *ad validitatem*, según tiene ya declarado esta Sala en SS de 4 de diciembre 1985 y 7 de noviembre de 1990.

Cláusula *rebus sic stantibus*. Requisitos.— Para que la cláusula *rebus sic stantibus* pueda ser tenida en cuenta (aunque siempre con una gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio *pacta sunt servanda*) se requiere la inexcusable concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: a) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompa el equilibrio entre dichas prestaciones; c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles. (STS de 4 de febrero de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— El día 7 de octubre de 1981 los entonces esposos Don José Luis B. C. y Doña María Teresa M. M. otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales con disolución de la sociedad de gananciales, autorizada por el Notario Don Carlos S. D. En este mismo día el citado Notario, a instancia de los esposos, extendió acta de protocolización de un documento privado. Por sentencia de 9 de mayo de 1984, un Juzgado de Primera Instancia declaró el divorcio de los mencionados esposos. Don José Luis B. C. ha venido pagando mensual e ininterrumpidamente a Doña María Teresa M. M. la cantidad estipulada en el documento privado notarialmente protocolizado. En marzo de 1991, Don José Luis B. C. formuló demanda contra Doña María Teresa M. M. solicitando la nulidad de una cláusula contenida en el citado documento privado y, subsidiariamente, que se revisase la cuantía de la prestación proporcionalmente a la disminución de las necesidades del alimentista y de la fortuna del obligado a prestarlos, hasta el límite de cien mil pesetas mensuales. Doña María M. M. se opuso a la demanda y formuló reconvencción, en la que adujo que el actor-reconvenido no le había pagado las cantidades mensuales con arreglo a la revalorización pactada en la cláusula litigiosa.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, estimando parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial estimó totalmente la reconvencción. No prospera el recurso de casación interpuesto por Don José Luis B. C. (A.C.S.)

53. Interpretación de la DT 7.^a de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, que modifica el Código civil en materia de filiación: sentido de «legislación anterior» una vez entrada en vigor la Constitución.— Una interpretación constitucional de la DT 7.^a de la Ley 11/1981, debe llevar a entender que la remisión a la legislación anterior que establece la misma se refiere a aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la norma suprema; en consecuencia, ejercitadas las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución y ya promulgada la Ley 11/1981, no cabe aplicar normas o prohibiciones normativas que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales. Lo anterior conduce a reconocer que los hijos no matrimoniales, como los «legítimos» del art. 118 CC en su versión legal precedente, tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida, estimándose derogados, por contrarios a la Constitución, los antiguos arts. 139, 140 y 141 CC.

Derecho probatorio aplicable.— Teniendo en cuenta que las disposiciones que regulan cuestiones de prueba tienen naturaleza procesal, aunque se contengan en leyes materiales, y que serán las normas procesales en vigor las aplicables a situaciones jurídico-materiales de carácter litigioso anteriores a esas nuevas normas procesales (DT 4.ª CC), no puede sostenerse que la destrucción de las presunciones establecidas por el art. 116 CC sólo cabe mediante la práctica de pruebas biológicas, puesto que el art. 141 de la legislación anterior ya no resulta aplicable y sí en cambio el art. 127 actual, que admite toda clase de pruebas.

Posesión de estado.— La posesión de estado en sede de filiación no matrimonial no cabe estructurarla en intensidad con los mismos presupuestos fácticos requeridos a la posesión de estado de filiación matrimonial (S de 8 de julio de 1991), pudiendo prescindirse del *nomen* y adecuando el *tractatus* y la *fama* a las circunstancias de tiempo y lugar del caso.

Ejercicio conjunto de las acciones de reclamación de la paternidad y de impugnación de la filiación contradictoria.— El ejercicio conjunto de las acciones de reclamación e impugnación de la filiación (art. 134 CC), exige en todo caso, en un buen orden lógico procesal, la subordinación de la segunda a la primera, dado el carácter principal de esta última que embebe en su contenido a la otra cuando existe una filiación opuesta a la reclamada (SS 3 de junio de 1988 y 23 de febrero de 1990).

Interpretación de la DT 8.ª de la Ley 11/1981: «legislación anterior» aplicable a las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor dicha Ley, pero ya vigente la Constitución.— Es doctrina jurisprudencial la necesaria adecuación de la legislación anterior en materia de filiación al art. 14 de la Constitución, debiendo entenderse que la remisión a dicha legislación sólo procede si se tienen por derogados los preceptos discriminatorios (S de 10 de febrero de 1986, y STC 155/87 de 14 de octubre).

Preterición.— El fideicomiso de residuo respecto de finca determinada en favor de la heredera legitimaria no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición, por lo que no cabe la acción de complemento de legítima como medio de satisfacción jurídica de los derechos hereditarios, sino que deben seguirse las reglas de la sucesión intestada.

Compraventa simulada y tercero hipotecario.— Al tratar sólo de cubrir la apariencia de una compraventa con el fin de perjudicar a la actora, no puede estimarse que la adquisición sea de buena fe, por lo que nunca nació la protección registral que se otorga al tercero hipotecario (art. 34 LH). (STS de 17 de marzo de 1995; ha lugar).

HECHOS.— La demandante, con filiación matrimonial ya determinada, comienza solicitando se declare que es hija no matrimonial del causante de la herencia que también reclama, fallecido el 26 de marzo de 1981 dejando como única heredera testamentaria a su viuda y un fideicomiso de residuo a la actora. A esta demanda se acumula otra en la que la demandante anterior suplica se declare nula la com-

praventa de una finca perteneciente a la herencia del finado, realizada por su viuda, con las consecuencias registrales oportunas. Por último, en una tercera demanda que se acumula a las anteriores, la misma demandante solicita se declare que diversos bienes pertenecen a la herencia del causante; que es nula la manifestación de herencia otorgada por la viuda, así como la inscripción a que dio lugar; que son nulas, por simulación absoluta, diversas segregaciones y compraventas realizadas por la viuda del fallecido, sin que pueda considerarse a los adquirentes terceros hipotecarios por concurrir mala fe, además de otros pedimentos relacionados con todo lo anterior. El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente las demandas acumuladas, pero en apelación se revoca íntegramente la anterior resolución, con el voto particular en contrario de uno de los magistrados. La demandante en primera instancia interpone recurso de casación.

NOTA.— Esta sentencia ha sido comentada ampliamente por Rivero Hernández, «Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)», en *Derecho Privado y Constitución*, 1995, n.º 6, pp. 227 y ss. (S.Q.M.)

54. Reclamación de filiación paterna no matrimonial. Valoración de la negativa a someterse a las pruebas biológicas.— Conocida y pacífica es la doctrina de esta Sala, en orden a la valoración de las pruebas en esta clase de procedimientos sobre reclamación de paternidad, entendiéndose que tanto las de naturaleza directa como las presuntivas son eficaces para la constatación del proceso de investigación que a lo largo del juicio se realiza; teniendo el Juez que valorar también la negativa de cualquiera de los litigantes a someterse a la práctica de las pruebas biológicas, proceso valorativo, que como única solución, le queda al Juzgador, dada la ausencia de precepto legal alguno que le autorice a practicar por la fuerza esta prueba pericial. Y si no puede concedérsele a la negativa injustificada el valor de una *facta confessio* (más bien sería una *facta pericia*), ni existe el enlace preciso y directo necesario para encuadrarla dentro de la presunción, sólo queda valorarla como un «indicio muy cualificado», que en unión del conjunto de otras pruebas pueda llevar al ánimo del Tribunal la convicción de la paternidad postulada.

En base a esta doctrina y atendiendo a las circunstancias del caso, se establece en la Sentencia la imposibilidad de alcanzar esta convicción. Por una parte, «el nacimiento del menor cuya paternidad ahora se reclama se encuentra comprendido dentro de los límites de la presunción del art. 116 CC, atribuyéndose la paternidad al marido de la madre. De tal modo, que la existencia de esta *litis* ha sido posible en virtud de la ilegalidad cometida en la inscripción del nacimiento del menor, pues si se hubiera manifestado al Encargado del Registro Civil la fecha de la separación (legal o de hecho) de la madre y su marido este funcionario habría tenido en cuenta la citada presunción legal, determinando la paternidad del modo que señala el art. 115-1.º CC. Y una vez fijada la filiación con arreglo a las prescripciones legales debieron entrar en juego las disposiciones del art. 131 del mismo texto legal, impidiendo una reclamación que contradiga otra filiación legalmente determinada, sin haber impugnado previamente ésta».

Por otra parte «en autos no consta la existencia de ningún principio de prueba presuntiva, (carta, fotografía, documento, factura, etc.) demostrativa de unas relaciones que fueran más allá del simple compañerismo o relación de trabajo; sólo la prueba testifical, bastante incompleta y contradictoria, con las manifestaciones de un buen número de compañeros de trabajo, es la única justificación que figura en el ramo correspondiente a la parte demandante; así pues, todo el argumento demostrativo ha quedado reducido al valor que deba darse a la negativa, ciertamente injustificada del demandado, a someterse a la prueba pericial, pues incluso la alegada convivencia de la demandante con el demandado ha quedado desvirtuada».

Tras este planteamiento, concluye la Sentencia afirmando que «con este parco acervo probatorio y la presunción de paternidad del art. 116 CC en contra, no es posible admitir la denuncia de que se han interpretado y aplicado indebidamente los arts. 127 y 135 del mismo texto legal». (STS de 21 de octubre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Doña Juana R. A., madre del menor Miguel A. R., demanda a Don Juan R. N., solicitando que se declare que Miguel A. R. es hijo del demandado. Del mismo modo se solicita el pago de alimentos que resulte de la prueba y la consiguiente rectificación del asiento registral correspondiente.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda, siendo esta resolución confirmada por la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (O.M.B.)

55. *Negativa a someterse a pruebas biológicas y derechos fundamentales.*— Las pruebas biológicas no suponen vulneración de la integridad física o moral de la persona, ni intromisión en su intimidad u honor, sino que constituyen un medio de prueba legítimo en el proceso sobre investigación de la paternidad (S de 18 de mayo de 1994); proceso en el que se debate el derecho a conocer la verdadera filiación, que afecta a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad reconocidos en el art. 10 de la Constitución (S de 16 de diciembre de 1994). La extracción de la sangre necesaria para la práctica de la prueba biológica no comporta el menor riesgo, por lo que no se halla justificada la negativa a someterse a aquélla.

Conducta procesal desleal.— La conducta obstruccionista a la práctica de pruebas biológicas es procesalmente desleal, pues entraña una postura reacia a colaborar con la justicia en el esclarecimiento de la verdad material, desplaza a la parte contraria una prueba que quien puede facilitarla no posibilita, y elude la prueba negativa de la paternidad de absoluta y total fiabilidad.

Valor de la negativa a someterse a pruebas biológicas.— Es reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 26 de enero y 28 de abril de 1993 y 18 de mayo de 1994) que la negativa a someterse a la prueba biológica, sin constituir *ficta confessio*, ha de relacionarse con los restantes medios probatorios,

revelándose como un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelan la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa. (STS de 8 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— Los actores inician juicio de menor cuantía con el objeto de que se declare, y así se inscriba en el Registro Civil correspondiente, que son hijos no matrimoniales del varón y la mujer demandados, esta última en rebeldía. El demandado se niega a someterse a la prueba biológica de su paternidad, argumentando que, por hallarse enfermo, la extracción de sangre para dicha prueba podría afectarle de tal modo que se vería quebrantada su integridad física o moral, con peligro incluso para su vida. En primera instancia se estima la demanda, desestimándose en apelación el recurso interpuesto por el demandado, que recurre esta última sentencia en casación.

NOTA.— A la hora de resolver la problemática planteada por la negativa del varón demandado a someterse a pruebas biológicas en los procesos de reclamación de paternidad, ha de tenerse en cuenta la polémica, por el conflicto institucional que suscitó, Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, que contaba con un Voto particular. El máximo intérprete de la Constitución anuló la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992, en la que, apartándose de anteriores resoluciones, consideró no probada la paternidad reclamada por la negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas. Tres conclusiones destacamos de la Sentencia 7/1994: la práctica de pruebas biológicas no vulnera los derechos a la integridad física e intimidad del individuo; la resolución judicial que acuerde la realización de la prueba biológica, cumpliendo los requisitos exigidos, es de obligado cumplimiento; de la negativa a someterse a las pruebas biológicas han de extraerse las consecuencias oportunas so pena de amparar una conducta procesal ilícita y sumir en la indefensión al demandante. (S.Q.M.)

II. DERECHO MERCANTIL

56. El perfeccionamiento de un contrato de corretaje.— Por el actor se cumplió con su cometido profesional de tal suerte que ese cometido, exclusivamente, concluye, salvo pacto expreso en contrario, cuando por las partes o interesados se realiza el contrato base para cuya perfección interviene como coadyuvante o intermediario el comisionista, tal y como ha ocurrido en el caso de autos, no es posible entender que esa interpretación de la Sala *a quo* con la condena al pago que se ha impuesto en la Sentencia recurrida, vulnera lo dispuesto en lo pactado por las partes, en particular, el referido pacto o estipulación cuarta de los documentos por el que la parte recurrente pretende condicionar el devengo al derecho reclamado por el comisionista a la producción de ese pago realizado por el Armador, cuando —se reitera— la recta hermenéutica de lo acontecido no puede ser coincidente con dicha tesis, ya que, en primer lugar, destaca que aparte de la comisión, siguiendo el criterio de la Sentencia recurrida, se devenga cuando el comisionista ha realizado su pres-

tación tal y como acontecido en autos. Es obvio que la supeditación al pago de los citados plazos por el Armador no era condición de la que dependía el nacimiento del derecho al cobro de la comisión por parte del comisionista, sino exclusivamente, estaba referida la temporalidad de su percepción en efectivo o sea, que esa percepción, con independencia de los plazos anteriormente estipulados en cuanto a su efectividad, se condicionaba o supeditaba a la fecha de los cobros que realizase la demandada por parte del Armador, no el devengo del derecho del comisionista sino la satisfacción de su importe -es meridiano pues que sólo se habla del pago de los plazos de la comisión pactada porque ésta ya estaba devengada-, por lo cual, no es posible entender, como se dice, que el contenido de dicha expresión condicionase el devengo al derecho, sino -se repite- exclusivamente, al margen de los plazos intercalados, la efectiva percepción de su importe, amén de que en esas comunicaciones, se hace referencia a los contratos principales que han sido ya firmados, por lo que se sobreentiende se ha cumplido el cometido por parte de intermediación del actor en cuanto al devengo de la comisión bruta especificada.

La adquisición por el mediador del derecho al cobro de sus honorarios.— Partiendo de la premisa de que el contrato de mediación o corretaje es un contrato innominado *facio ut des*, principal, consensual y bilateral, por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (la comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución, parece evidente, conforme a la normativa general de las obligaciones y contratos contenida en los Títulos I y II del Libro IV del CC, por lo que se rige el que nos ocupa, que el derecho del agente o corredor al cobro de sus honorarios ha de nacer desde el momento en que queda cumplida o agotada su actividad mediadora (única a la que se había obligado), o sea, desde que por su mediación haya quedado perfeccionado el contrato de compraventa cuya gestión se le había encomendado, perfección que se entiende producida, obviamente, desde que el vendedor y el comprador, mediante el correspondiente contrato, se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro, se hayan entregado (art. 1450 CC) a no ser que en el respectivo contrato de corretaje se haya estipulado expresamente que el corredor solamente cobrará sus honorarios cuando la compraventa haya quedado consumada, o sea, cuando el vendedor (comitente en el corretaje) haya cobrado íntegramente el precio de la venta, estipulación expresa que no ha existido en el presente caso litigioso. (STS de 4 de noviembre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Se encomendó a la parte actora su intervención como mediadora en los encargos de construcción de buques efectuados a la demandada por terceros. Por carta se confirma a la entidad corredora una comisión del uno por ciento sobre el precio básico del buque; sin embargo, no habiéndose satisfecho los plazos de la comisión pactada que debían ser abonados a la entrega de los buques, se formula ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad, relativa al pago de las comisiones devengadas por un trabajo de intermediación en la construcción de buques para un tercero, cuyo resultado había sido satisfactorio. Se condena en Primera Instancia al demandado al pago de la cantidad solicitada, más el interés legal de la

citada suma. La Audiencia Provincial de Madrid desestimando el recurso de apelación interpuesto, confirma la resolución adoptada por el juez, e impone las costas al apelante. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y condena a la parte recurrente al pago de las costas ocasionadas. (A.I.H.O.)

57. Seguro. Contrato de adhesión. Interpretación.— El contrato de seguro es considerado el contrato de adhesión por excelencia. La interpretación que se haga del contrato de seguro será hecha como tal contrato de adhesión. De este modo, el contenido del art. 1288 CC que ha dado lugar a una extensísima jurisprudencia en orden a la interpretación de los llamados contratos de adhesión y a los que se refiere, y la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro que en su disposición final deroga los arts. 380 a 438 CCO, impide hacer una interpretación favorable a quien sea responsable de los posibles equívocos de las expresiones contractuales utilizadas (STS de 20 de septiembre de 1982). Es pues importante, constatar el hecho, de que al tratarse el contrato de seguro de un contrato de adhesión, el mismo ha de ser objeto de una amplia interpretación (STS de 8 de junio de 1988).

Es verdad que el contrato de seguro no ha perdido su naturaleza y condición contractual y así lo ha manifestado reiteradamente la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, pero también lo es, que dadas sus especificidades, su interpretación ha de hacerse en función de sus propias y originales características, con una significación que, de alguna manera, trasciende de la pura contractualidad sin olvidar, además su naturaleza adhesiva que, conforme al art. 1288 CC, comporta importantes consecuencias puestas constantemente de relieve por la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS entre otras la prohibición de interpretar las cláusulas dudosas en favor del contratante creador del contrato (STS de 8 de marzo de 1990). Según doctrina constante de esta Sala, las dudas que puedan surgir en la interpretación de las relaciones asegurativas, deben ser resueltas aplicando el principio *in dubio pro asegurado* (STS de 18 de julio de 1988).

Por lo que respecta al *pacto de inclusión facultativa*, en este caso, el pacto de inclusión de capitales, al que hace referencia la sentencia, podemos afirmar, que lo lícitamente pactado, constituye en el contrato de seguro, la primera ley para los contratantes (STS de 5 de marzo de 1986). Se entiende, tal y como manifiesta el apartado VII de la Circular, que tal pacto fue admitido por el Consorcio de Compensación de Seguros, al estar éste expresamente cubierto en la póliza ordinaria como tal forma específica de aseguramiento.

Consorcio de compensación de seguros.— El Seguro Obligorio al que dio vida la Ley de 24 de diciembre de 1962, con propia regulación en el Reglamento aprobado por Decreto de 19 de noviembre de 1964, tuvo por objeto la creación de un patrimonio responsable a través del cual se diluyeran las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad civil establecida. No obstante, al no garantizar de forma absoluta el amparo de la víctima y el logro de la propuesta de reparación indemnizatoria, surgió la idea de crear un Fondo Nacional de Garantía —hoy Consorcio de Compensación de Seguros—, destinado a hacer acto de presencia allí donde se acuse el fracaso del sistema de seguro, al surgir una imposibilidad en la realización de su cometido. (STS de 3 de octubre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La representación de «Industrias BI, S.A.» interpuso demanda al Consorcio de Compensación de Seguros sobre reclamación de cantidad suplicando se condenara a la mencionada Entidad, al pago de la cantidad reclamada, más el interés moratorio del 20%. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Presentado recurso de apelación, ante la Audiencia Provincial de S. Sebastián, se estimó parcialmente, condenando al meritado organismo al pago de la suma de catorce millones ochocientas cuarenta y dos mil novecientas noventa y nueve pesetas. El Tribunal Supremo declara no ha lugar al recurso de casación.

NOTA.— Nos encontramos ante un supuesto en el que El Consorcio de Compensación de Seguros actúa como órgano de garantía. En esta categoría se encuadra la cobertura de los daños causados por vehículos desconocidos, por vehículos no asegurados, y por vehículos robados o hurtados. La modalidad de actuación del meritado organismo, parece deducirse del fallo del Juzgado de Primera Instancia, al excluirse del mismo, la condena al interés moratorio del 20% previsto en la Ley 50/80. Esto es debido, a lo preceptuado en la Disposición final de la Ley 3/89 de 21 de junio, Ley que reforma la LECr, en la que se excluye al Consorcio de Compensación de Seguros -cuando responda como fondo de garantía-, de la obligación de abonar el 20%. Es, sin embargo, bastante significativo, que el devengo de interés no sea de aplicación al CCS, cuando es precisamente este organismo, el más moroso en el pago. (M.J.G.A.)

58. Reclamación contra el Consorcio de Compensación de Seguros: Daños por lluvias torrenciales: Daños por desbordamiento y por infiltración: Prueba.— La causa directa de las inundaciones catastróficas en el País Vasco los días 25, 26 y 27 de agosto de 1983 han sido las lluvias torrenciales, que forzosamente generaron, por su intensidad, duración y forma en que ocurrieron, el desbordamiento de todo tipo de cauces —merezcan o no la consideración de ríos—, ocasionando cuantiosos daños por la acción geológica de las mismas desencadenando el fenómeno denominado de «arroyo en manto», provocando, junto a la erosión y arrastre de materiales, el embalsamiento e inundación de amplias zonas, con varias horas de anticipación, incluso, al desbordamiento de los ríos; por ello no parece procedente la aplicación del art. 8.º del Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros en cuanto a la consideración de daños ocasionados por inundación producida por la acción directa de las aguas de los ríos al salirse de sus cauces, ya que el daño se produjo antes del desbordamiento del Nervión, y en muchos casos el daño hubiera existido aun cuando el cauce hubiera sido capaz de retener las aguas.

Pluralidad de efectos de las lluvias torrenciales.— Las pruebas aportadas permiten concluir que las mencionadas lluvias torrenciales produjeron diversos efectos tales como las crecidas excepcionalmente causadas en los ríos, a lo que coadyuvó también el hecho de haber representado la culminación de un mes particularmente lluvioso que habría satisfecho las necesidades de agua del suelo, que se encontraría saturado, de modo que las precipitaciones en dichos días representaron mayoritariamente excedentes que circularon en superficie hacia la red fluvial, con acumulaciones excepcionales en zonas

urbanas, en las que la aportación pluviométrica debió superar con creces la capacidad de desagüe de las redes de alcantarillado existentes; de todo ello deriva que la infiltración de las referidas lluvias fue cierta, y que los daños objeto de controversia fueron causados por las lluvias antes de sobrevenir el desbordamiento del río.

Renuncia de derechos: Requisitos.— La renuncia de derechos por cuya virtud se hace dejación de los mismos ha de ser, personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguno, con excesión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación, expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos; en el presente caso, no cabe entender renunciante en un finiquito a quien recurre del acuerdo; declarada la nulidad de la supuesta renuncia, resulta trascendente la existe de posibles vicios en la misma.

Incongruencia.— Si bien la sentencia recurrida declara que los gastos de «limpieza y desbarre» se abonarán sin deducción ni porcentaje de ningún tipo, sin embargo no fija la cantidad que debe ser pagada por dicho concepto cuando aparece probado en el proceso que la cantidad pagada de menos por el Consorcio asciende a la suma de 57.673.305 pts., por lo que debió fijarlo así conforme al art. 361, apartado 1.º, inciso 1.º de la LEC.

Deducción de cantidades pagadas por el INEM a los trabajadores: Enriquecimiento injusto.— Procede la deducción de las cantidades abonadas a los trabajos por el INEM por las razones siguientes: 1.ª La entidad actora no ha acreditado haber abonado a sus trabajadores cantidad alguna por los trabajos realizados por éstos en la limpieza de las instalaciones de la empresa; 2.ª Porque al haber sido suspendidas las relaciones laborales de la actora con sus trabajadores por aplicación del Real Decreto-Ley de 1 de septiembre 1983, la referida entidad no tenía obligación de abonar salario alguno a sus trabajadores mientras que el INEM les abonó el subsidio de desempleo; 3.ª Porque si no se permitiera al Consorcio deducir las cantidades abonadas por el INEM de los gastos en concepto de salvamento y limpieza, se produciría un enriquecimiento en favor de la empresa y un correlativo empobrecimiento del Estado que pagaría dos veces la misma cantidad, a saber, la abonada por el INEM y la ahora reclamada por unos gastos de mano de obra no desembolsados; criterio ya mantenido por la S de 13 diciembre 1992.

Intereses del 20%: *In illiquidis non fit mora.*— El abono de intereses del 20% que establecen los arts. 20 y 30 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980 cuando lo que se discute es la cuantía de la indemnización pretendida, con base en causa alegada que se acredita como exacta en su origen, alcance y efectos, no es procedente cuando la cuantía indemnizatoria tiene como base una causa alegada no predeterminada con exactitud en cuanto a su origen, alcance y efectos, requiriéndose su previa determinación judicial y con ello el *quantum* indemnizatorio, y mientras tanto se da causa justificada de impago como se deduce *a contrario sensu* de los mencionados preceptos de la Ley de 1980; resulta por tanto aplicable el principio *in illiquidis non fit mora* que mantiene reiterada jurisprudencia. (STS de 3 de diciembre de 1994; ha lugar en parte). (G.G.C.)

59. Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de motor.— Tiene una normativa específica, constituida exclusivamente por el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor y por el Reglamento de dicho seguro, mientras que la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 sólo tiene aplicación supletoria para lo no previsto en aquellas disposiciones.

Enriquecimiento injusto.— Exige que no exista causa que justifique el desplazamiento patrimonial. No concurre en el presente caso, pues la obligación de pagar la diferencia entre la prima satisfecha y la nueva que corresponda viene impuesta legalmente y como consecuencia del aumento de cobertura.

Concurrencia de Seguro Obligatorio y Seguro voluntario de responsabilidad civil por cuantía ilimitada.— No puede impedir en modo alguno el cobro de la diferencia de prima derivada del aumento de cobertura del Seguro Obligatorio. El seguro obligatorio, del que el voluntario es meramente complementario, ha de operar, en todo caso, con la nueva y aumentada cobertura, con plena independencia de la dinámica protectora del Seguro Voluntario, pudiendo darse casos en que no haya de actuar dicho seguro voluntario, por no existir culpa o negligencia por parte del conductor del vehículo asegurado, y sin embargo el Seguro Obligatorio haya de desplegar, en cuanto a los daños corporales, su plena virtualidad, si no concurre ninguno de los supuestos excluyentes a que se refiere el artículo 1.2 del Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de vehículos de motor. (STS de 6 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— La «Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.» tenía concertado con la «Caja de Previsión y Socorro, S.A.», el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor de su flota de autobuses. Los límites de cobertura de esta modalidad de seguro fueron incrementados por su Reglamento regulador, aprobado mediante Real Decreto 2641/86, de 30 de diciembre, y en cuya Disposición Transitoria se facultaba a las aseguradoras para percibir de sus asegurados la prorrata de prima que procediera por la diferencia entre la prima satisfecha y la resultante de las nuevas coberturas, desde el día 1 de enero de 1987 (fecha de la entrada en vigor del Real Decreto), hasta el respectivo vencimiento anual. Una vez resuelto el contrato de seguro referido, la aseguradora solicita que se condene a la EMT de Valencia a abonarle 29.030.605 pesetas, como consecuencia de la diferencia existente entre la prima satisfecha y la derivada del aumento de cobertura, por el período de tiempo comprendido entre el 1 de enero y el 1 de agosto de 1987, fecha de la resolución. La empresa demandada alega, entre otras cosas, que tiene suscrito con la demandante un Seguro Voluntario de responsabilidad ilimitada. El juez de Primera Instancia, entendiéndolo que de estimarse la demanda se produciría un enriquecimiento injusto para la actora y aplicando el principio de equidad, dictó sentencia absolutoria. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó íntegramente, condenando a la EMT a pagar la suma reclamada por la recurrente.

NOTA.— Si la cantidad reclamada por la Aseguradora era la resultante de aplicar, sin más matizaciones, la previsión contenida en la Disposición Transitoria del Reglamento regulador del Seguro Obligatorio de la Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, la sentencia comentada habrá dado lugar a un enriquecimiento injustificado de la compañía tan indudable como fácil de razonar, si tenemos en cuenta que la EMT de Valencia tenía suscrito con la aseguradora un Seguro Voluntario de responsabilidad civil ilimitada.

Puestas así las cosas, una vez admitido el razonamiento del Tribunal Supremo acerca de que el Seguro Voluntario es complementario del Obligatorio (por lo tanto que su cobertura se extiende a los daños no amparados por este último), y suponiendo que el criterio determinante de la obligación de indemnizar fuera, en relación con los dos seguros, la mera causación del daño (responsabilidad objetiva del asegurado), una conclusión se impondría de manera evidente: todo incremento de cobertura en el ámbito del Seguro Obligatorio habrá de conllevar una reducción, por igual cuantía, en la cobertura del Seguro Voluntario, y cualquier incremento de la prima motivado por el aumento de cobertura en el Seguro Obligatorio quedaría compensado por la correlativa disminución que habría de experimentar la parte correspondiente al Seguro Voluntario. Asumir esta conclusión, y por lo tanto considerar que la Disposición Transitoria en cuestión resulta inaplicable a los supuestos de concurrencia Seguro Obligatorio-Seguro Voluntario, no sería una solución descabellada si el Alto Tribunal fuera consecuente con la tendencia objetivadora de la Responsabilidad Civil que se deduce de sus resoluciones, y con el hecho innegable de que las primas del Seguro Voluntario se calculan por las aseguradoras teniendo en cuenta esa jurisprudencia, y por lo tanto la elevada posibilidad que la responsabilidad del asegurado se declare sin que medie culpa por su parte en la causación del daño.

Sin embargo, si admitimos que la compañía sólo está obligada a indemnizar cuando el asegurado es civilmente responsable, y que el criterio general de imputación de responsabilidad se basa en la culpa, deberemos admitir que los ámbitos de aplicación del Seguro Obligatorio y del Seguro Voluntario no son exactamente coincidentes, toda vez que, como expone el propio Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho Cuarto, los daños corporales causados sin culpa del asegurado, pero que no se deban a culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo (artículo 1.2 del Texto Refundido de la LUCVM), sólo estarán cubiertos por el Seguro Obligatorio aún en el caso de existir un Seguro Voluntario.

Ahora bien, de ello no puede seguirse, como pretende el Alto Tribunal, que los ámbitos del Seguro Obligatorio y del Seguro Voluntario operen con plena independencia, pues ello sería tanto como decir que los daños corporales y materiales causados culposamente por el asegurado no están cubiertos por el Seguro Obligatorio. En relación con esos daños el Seguro Voluntario desplegará su eficacia solamente en la medida en que se supere la cobertura del Seguro Obligatorio, y por lo tanto el incremento de cobertura del Seguro Obligatorio continuará determinando una reducción de la cobertura complementaria del Se-

guro Voluntario, si bien las cantidades no coincidirán exactamente, por existir un sector de riesgos en que no existe nada más que aumento de cobertura del Seguro Obligatorio.

Con un sencillo ejemplo simplificado al máximo esperamos aclarar un poco más nuestra argumentación: si el Seguro Obligatorio cubre los daños causados hasta una cuantía máxima de 10, y se contrata un Seguro Voluntario que cubre los daños causados culposamente cualquiera que sea su cuantía, la diferencia de prima entre el Seguro Obligatorio y el Voluntario se calculará en atención al riesgo estadístico de que el asegurado cause culposamente daños que excedan el valor de 10. En estas circunstancias, la elevación hasta 12 de la cobertura del Seguro Obligatorio no puede implicar un incremento proporcional de la prima correspondiente a ese Seguro Obligatorio que deje inalterada la prima correspondiente al Seguro Voluntario, porque entonces el riesgo de que el asegurado cause culposamente daños que oscilen entre 10 y 12 habrá sido tenido en cuenta dos veces: una para calcular la prima del Seguro Voluntario y otra para aumentar proporcionalmente la prima del Seguro Voluntario. El enriquecimiento injustificado de la Compañía nos parece entonces absolutamente evidente.

Considerando estos factores, y en contra de la argumentación desplegada por la Audiencia, la interpretación de la Disposición Transitoria de que se trata debió hacerse teniendo en cuenta su espíritu y finalidad, y ponderando la equidad en su aplicación, según impone el art. 3 CC. Todo ello debería haber llevado al Alto Tribunal a concluir que, existiendo Seguro Voluntario, el prorrateo sólo resulta aplicable a la parte de cuota del Seguro Obligatorio destinada a cubrir los daños corporales causados sin culpa del asegurado, ya que en relación con los restantes daños el incremento de cobertura del Seguro Obligatorio se compensa con la reducción de la correspondiente al Seguro Voluntario; de no estar diversificada la prima del Seguro Obligatorio en atención a los distintos riesgos, la solución más correcta consistirá en inaplicar la Transitoria, dado que la finalidad de la norma es regular el Seguro Obligatorio, no las relaciones derivadas de la existencia de otros seguros complementarios, y habida cuenta de que la equidad impone rechazar la aplicación de una misma consecuencia jurídica a supuestos de hecho tan diversos como los derivados de la existencia o inexistencia de un Seguro Voluntario. (L.M.L.F.)

60. Infarto de miocardio.— No cabe hablar de causa súbita y externa al agente, pues éste además puede tener parte de culpa. Es criterio reiterado de la Sala no comprender al infarto entre los supuestos del art. 100 de la Ley de Contrato de Seguro, salvo que lo pacten explícitamente las partes al delimitar el riesgo cubierto por la póliza.

Consideración del infarto ocurrido dentro de las horas de trabajo como accidente laboral: concepto de Jurisprudencia.— El criterio del orden jurisdiccional laboral resulta irrelevante: sólo es jurisprudencia aplicable a la resolución de las cuestiones civiles la doctrina que de modo reiterado establezca la Sala de lo Civil. (STS de 24 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— El demandante tenía concertada una póliza de seguros contra accidentes corporales individuales con la entidad demandada. Tras padecer un infarto de miocardio, fue declarado en situación de invalidez permanente absoluta, no haciéndose cargo la aseguradora de las consecuencias económicas derivadas de estos hechos por entender que la invalidez fue consecuencia de una enfermedad común. Planteada demanda contra la compañía aseguradora, el Juez de Primera Instancia condena a la demandada al pago de la indemnización. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revoca, absolviendo a la aseguradora.

NOTA.— La consideración como accidente del infarto de miocardio es uno de los supuestos en que el sueño de la división del Poder Judicial en diversos órdenes jurisdiccionales (explicable en los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno por motivos históricos), produce algún monstruo. Así, la consideración de un infarto como accidente, y el consecuente deber de indemnizar a cargo de la Aseguradora, dependerá, en buena medida, de que el Seguro de Accidentes haya sido contratado por el empresario, voluntariamente o en virtud de un Convenio Colectivo que le afecte.

En tal caso, el Seguro se entiende como una mejora complementaria del Régimen General de la Seguridad Social, deduciéndose de ello la competencia del orden jurisdiccional laboral. Este factor no debería resultar trascendente, puesto que de lo que se trata, en definitiva, es de aplicar la definición de accidente contenida en el art. 100 de la Ley del Contrato de Seguro, según el cual «Se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente, o muerte».

Sin embargo, los tribunales configuradores del orden jurisdiccional laboral suelen tender a realizar una interpretación del mencionado precepto conforme con la definición de accidente de trabajo contenida en el art. 84 de la Ley General de la Seguridad Social, según el cual «Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena». Incluso acuden al art. 1253 CC para presumir que el infarto manifestado durante el tiempo y en el lugar del trabajo constituye accidente de trabajo, consiguiendo así el mismo efecto que se derivaría de la aplicación de la presunción *iuris tantum* contenida en el art. 84.3 de la Ley General de la Seguridad Social. Puede afirmarse, pues, que para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la consideración del infarto como accidente es la regla, y lo opuesto su excepción.

Por el contrario, y como se dice expresamente en la sentencia comentada, es criterio reiterado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no comprender al infarto entre los supuestos del art. 100 de la Ley de Contrato de Seguro, salvo pacto explícito de las partes; sólo si se puede acreditar que el infarto se produjo como consecuencia de un evento incardinable en el tenor del art. 100 de la Ley del Contrato de Seguro surgirá el deber de indemnizar a cargo de la Aseguradora (el ejemplo es la sentencia de 28 de febrero de 1991, citada en la que es objeto de comentario, y en la cual un accidente de circulación es el elemento desencadenante del infarto). Para la Sala de lo Civil, por lo tanto, la consideración del infarto como accidente es excepcional.

En el caso de autos no sabemos si el infarto se produjo en el momento y lugar del trabajo, y ni siquiera sabemos si el asegurado era trabajador por cuenta ajena; pero lo cierto es que la Audiencia, tras valorar el material probatorio, revocó la resolución dictada por el Juez de Primera Instancia, entendiéndolo probado que el infarto no se debió al estrés laboral, sino a «una necrosis inferior antigua, que teniendo en cuenta que el infarto es una cardiopatía isquémica, un gran síndrome clínico de una enfermedad subyacente, no cabe hablar de causa súbita y externa al agente, pues éste además puede tener parte de culpa».

En el plano de la hipótesis una prueba tan rigurosa de la causa determinante del infarto habría tenido que conducir a idéntico resultado desestimatorio aún cuando la demanda se hubiera planteado ante el orden jurisdiccional laboral (el infarto no se produjo «con ocasión o como consecuencia del trabajo»); pero el material probatorio no debía ser tan concluyente cuando en Primera Instancia se admitió la demanda, con lo cual es posible que nos sigamos preguntando hasta qué punto la posición de partida acerca de la consideración o no del infarto como accidente pudo influir en el criterio de la Audiencia, ratificado luego por el Tribunal Supremo.

Personalmente no podemos decidir si es preferible la interpretación (o más bien la presunción de partida) de la Sala de lo Social o la de la Sala de lo Civil, pero por mucho que se estime que sólo la jurisprudencia procedente de la Sala 1.^a es aplicable a las cuestiones civiles, no deja de resultar insatisfactorio que la cobertura de un determinado seguro, y el correspondiente derecho a indemnización del asegurado, se haga depender del orden jurisdiccional que proceda a la interpretación de sus cláusulas. (L.M.L.F.)

61. Marcas. Concepto de semejanza.— Establece la Sentencia que el concepto de semejanza aludido en el art. 124.1.º del Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929, «constituye un concepto jurídico indeterminado cuya realidad subyacente ha de ser apreciada en función de todos los datos, con visión de conjunto, sintética, desde la totalidad de los elementos de la marca confrontada, sin descomponer su unidad fonética, gráfica o mixta, donde la estructura prevalezca sobre sus componentes parciales, debiendo seguirse las pautas generales del comportamiento colectivo, incluidos los usos comerciales, con arreglo a la sana crítica, o al buen sentido, como sentido común y no técnico». A ello añade, asumiendo el planteamiento de la Sentencia dictada por la Audiencia, que «el fin perseguido por la Ley es el de eliminar la posibilidad de inducir con la semejanza a error en los consumidores, haciéndoles aceptar productos distintos a los que desean adquirir, Sentencia de 19 de abril de 1985...».

Legislación aplicable. Art. 124.5.º del Estatuto de la Propiedad Industrial.— Ante la alegación del recurrente de que la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988 ha entrado en vigor durante la sustanciación del procedimiento, considera la Sala sentenciadora que a la vista de las disposiciones transitorias segunda y quinta de dicha Ley no puede entenderse, «que durante la sustanciación del proceso pueda cambiarse el derecho sustantivo aplicable pues lo impide la *perpetuatio iurisdictionis*, habida cuenta que el derecho alegado constituye uno de los componentes de la *causa petendi*». En cualquier

caso, para la Sala, «aplicando una u otra normativa, lo genérico no tiene validez para constituir una marca». (STS de 26 de octubre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don Jose Luis G.M. ejercita una acción derivada de la inscripción en el Registro de unas marcas a su nombre. Solicita que se declare que la inclusión por la demandada Sociedad Nestlé, A.E.P.A., en los envases y propaganda del café Bonka del gráfico o dibujo de un molinillo de café antiguo y manual, constituye una imitación de sus propias marcas registradas que tenía cedidas a Toscaf, S.A., y que las marcas Bonka se usaban de manera diferente a como le habían sido concedidas.

La demandada opuso que el dibujo del molinillo era distinto, tratándose en todo caso, de una concepción gráfica genérica y que tenía inscrita a su nombre, desde 1920, el gráfico de un molinillo antiguo similar, por lo que formuló reconvención.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando tanto la demanda como la reconvención. Siendo apelada sólo por el actor fue confirmada por la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A.G.B.)

62. El derecho de marcas: La confusión jurídicamente relevante.— La confusión en el Derecho de Marcas ha de prohibirse fundamentalmente por ser fuente de ineficiencia, es decir, porque perturba el funcionamiento competitivo del mercado. De este modo, esta prohibición de imitar radica en la función no monopolística del mercado sino procompetitiva de los signos distintivos.

Como principio general reiterado en la jurisprudencia, puede afirmarse, que no existe riesgo de confusión cuando no hay semejanza fonética ni gráfica entre los signos confrontados, y en segundo lugar, cuando existiendo semejanza, los productos que distinguen las marcas son totalmente diferentes (SS TS de 9 de marzo de 1973, 12 de mayo de 1975, 21 de febrero de 1976, 11 de mayo de 1977, 24 de noviembre de 1978, 23 de abril de 1979...). No obstante, salvo excepciones muy limitadas, existirá riesgo de confusión, cuando las marcas sean idénticas, aunque los productos o servicios sean distintos, que no es precisamente nuestro caso. Para saber si existe o no similitud entre los productos y servicios, hay que atender a su naturaleza y a la pertenencia o no de los mismos a distintas áreas comerciales o industriales. Los productos o actividades son similares cuando se vendan o lleven a cabo o puedan serlo en los mismos establecimientos (SS TS de 5 de julio, 20 de noviembre, 12 de mayo de 1975). Existirá coincidencia, cuando los nombres comerciales estén dotados de suficiente carga semántica y eficacia particularizadora para producir una adecuada identificación de la empresa, suficiente y apta para evitar inducir a error a los clientes y confusión en el mercado, sin merma ni afectación negativa para la marca prioritaria (S de 3 de junio de 1991; SS de 9 de mayo de 1983, 30 de abril de 1986, 23 de octubre de 1987, 16 de diciembre de 1989 y 2 de abril de 1990).

Para que sea jurídicamente relevante la confusión no es preciso que la confusión se haya producido, sino que basta la posibilidad o riesgo de producción; en definitiva, es suficiente acreditar la aptitud de la imitación para con-

fundir, siendo sin embargo necesario para el ejercicio de las acciones indemnizatorias, la producción efectiva de la confusión.

Ateniéndonos a estos parámetros podemos afirmar que la imitación confusoria será ilícita, en tanto en cuanto, el producto imitado haya sido introducido en el mercado.

Intereses protegidos por el Derecho de Marcas.— Dos son los intereses básicos protegidos por este derecho: el del consumidor y el del titular del derecho inscrito. Por lo que respecta al consumidor, la protección estribará en no verse confundido acerca del origen empresarial de la prestación adquirida. Para ello, el patrón de referencia será el del «hombre medio», no el del especialista. Por su parte el titular que tenga inscrito su derecho, tratará de delimitar su posición en el mercado, frente a otros competidores.

Para lograr la protección mencionada, al titular de la marca se le atribuye un *ius probandi*, a través del cual se persigue, eliminar el riesgo de confusión de los consumidores y usuarios; con lo cual, se atiende no sólo al interés del titular de la marca, sino también, al interés más general de los consumidores, destinatarios finales, a no ser engañados ni inducidos a error en el mercado. (STS de 29 de octubre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La entidad R&A Baileys and Company Limited, dedujo demanda sobre violación de los derechos de marca, contra Montara S.A., solicitando se dictara sentencia condenando a la parte demandada y en concreto: a) a que se retiraran del mercado todos los productos que hayan comercializado o introducido en el mercado, con embotellado, etiqueta o nombre capaz de crear confusión con los que la actora tiene registrados como marca, y que son los licores Teleys, b) a que se le indemnice por los daños y perjuicios causados y los que aún estén por causar, c) y todo ello previa declaración de que la demandada debe respetar el derecho de propiedad exclusiva que a la demandante corresponde. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda. Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación ante la AP de Barcelona, la cual estimó parcialmente el recurso presentado por Montara S.A. Finalmente la mencionada entidad formalizó Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, el cual declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.— La sentencia que nos ocupa, enjuicia hechos acaecidos después de la publicación de la L. de Marcas; L. 32/1988 de 10 de noviembre; en la que se fijan criterios para determinar la existencia de semejanza o posible confusión entre distintas denominaciones, y es así, como en el art. 12.1 se establecen criterios al respecto. Pues bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley, y valorando positivamente las líneas marcadas por nuestra jurisprudencia, no debería olvidarse que en algunos casos, la similitud de las marcas, aún aplicándose a productos distintos, puede inducir a error a los consumidores. Este no es nuestro supuesto, pues en este caso se trata de una similitud más que notoria de un licor embotellado, etiquetado y con un nombre semejante a una marca renombrada como es Baileys. Así pues, no cabe

duda de que el titular de la marca podrá prohibir a cualquier agente económico que utilice la marca para productos o servicios que estén dentro del campo de significación de la marca renombrada, y de este modo, se evitará que el consumidor, traslade la imagen que tiene del producto o servicio distinguido con la marca renombrada al producto o servicio del tercero, del deterioro de la reputación de la marca y que los terceros aprovechen de la fama del titular de la marca. Lo cierto es, que a la hora de determinar si un tercero ha infringido o no, el ámbito de protección de la marca registrada, es preciso analizar, si los productos o servicios de éste, se sitúan en una zona competitiva o mercado próximo o lejano del mercado al que pertenecen los productos o servicios diferenciados con la marca renombrada. La razón estriba en el hecho de que resulta indudable que cuanto menor sea la lejanía competitiva de los productos o servicios diferenciados, mayor será el riesgo de debilitamiento de la marca renombrada. (M.J.G.A.)

63. Marcas continuadas o mixtas.— Planteada la nulidad de las marcas Tacto de Lázaro, registradas con los números 1.031.385 y 1.141.827, por la posible confusión que puede inducir a error en los consumidores con la marca registrada con el núm 707.700 Johnson Tacto, se alega por la demandante el que estas marcas son mixtas o combinadas, con clara diferenciación por los envases, colorido y etiquetado.

El TS enjuicia si esa posible confusión podría quedar eludida por el componente gráfico de las marcas en juego, sin embargo, el carácter abstracto de este signo diferenciador en el caso concreto, le induce a considerar que carece de toda virtualidad diferenciadora del producto, sin que posea la fuerza suficiente para originar una marca mixta.

Además se plantea si la marca Tactomatic, es incompatible y merece ser declarada nula por incompatibilidad con la de la parte actora Tacto de Johnson. En este enfrentamiento, el TS considera que, si se tiene en cuenta la sustantividad del conjunto, el todo prevalece sobre sus componentes y no debe desintegrarse la unidad fonética o gráfica, sino ha de atenderse a la unidad gramatical y conceptual, entendiéndose que no es posible aislar en ambas marcas el vocablo «Tacto», desligándolo de los otros componentes, entre las que, ni gráfica ni fonéticamente, se da la conformidad precisa para decretar la nulidad pretendida.

Otra de las cuestiones sobre las que el TS debe pronunciarse, es sobre la no aplicación de la prescripción de la acción de nulidad, de conformidad con el art. 48 de la Ley 32/1988, de 10 de Noviembre, de Marcas. La no estimación de la prescripción de la acción se funda, en que su registro fue solicitado de mala fe, ya que la marca Johnson Tacto, tiene prioridad registral y su titular está utilizando la misma en sus productos, desde 1973, siendo la solicitud de la marca cuya nulidad se pide diez años después.

Régimen protector del derecho de marca.— Dado el diferente carácter de las acciones que se ejercitan en la demanda, y la pluralidad de demandados, titular de las marcas, y empresa comercializadora, el TS tiene ocasión de diferenciar el régimen protector del derecho de marca, distinguiendo, por una lado las acciones por violación del derecho de marca, y las acciones de nulidad de marca, así como la legitimación pasiva para soportar su ejercicio.

Las acciones por violación del derecho de marca, se pueden ejercitar frente a los terceros que utilicen en el tráfico económico, sin el consentimiento del titular, una marca o signo idéntico o semejante, en el supuesto enjuiciado, esta acción se dirige con la empresa Productos Lázaro, S.A.

Las acciones de nulidad de marcas, se ejercitan contra la persona a cuyo favor está registrada la marca que se pretende expulsar del Registro, en este caso contra su titular Don J.L.L.

En torno a la acción en la que se solicita la condena al resarcimiento de daños y perjuicios, se considera por el TS, que no cabe la condena si éstos no se han probado, y si bien es presumible que toda infracción de las modalidades de la propiedad industrial produzca perjuicios, ello no basta para darlos probados en su existencia, y al no haberse practicado prueba alguna tendente a acreditarlos, no cabe apreciar la demanda en este pedimento. (STS de 6 de marzo de 1995; no ha lugar).

HECHOS.— La entidad mercantil S.C. Johnson and Son Inc., formula demanda contra Don J.L.L. y la Sociedad Productos Lázaro, S.A., solicitando la declaración de nulidad y cancelación en el Registro de la Propiedad industrial de las marcas Tacto de Lázaro y Tactomatic, pertenecientes al demandado Don J.L.L. También se solicita la declaración de que Don J.L.L. y la sociedad Productos Lázaro, S.A. carecen del derecho de utilizar la denominación de Tacto, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios que sean determinados en ejecución de sentencia.

Si bien el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia absolviendo a los demandados la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso declarando la nulidad de las marcas Tacto de Lázaro. (M.^oI.M.P.)

III. DERECHO PROCESAL

64. Error judicial: Tasación de costas: Honorarios de abogado y procurador: Doctrina general.— La jurisprudencia de la Sala 1.^a tiene ya elaborado un cuerpo de doctrina, con arreglo a la cual el error judicial no se configura ni como una nueva instancia, ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, no pudiendo ampararse en el mismo el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas e irracionales; el error judicial surge cuando es debido a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados, por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance; no comprende el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de las normas que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza, y no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter

indiscutible generadora de una resolución específica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico.

Error judicial: Clases.— El concepto de error judicial se puede entender en dos perspectivas: a) una en cuanto se proyecta sobre los hechos si éstos, fuera de los cauces legales, son omitidos o se parte de otros diferentes a los que constituyen el *factum* del pleito y que fueron objeto de debate, b) en línea de ordenamiento jurídico a aplicar, cuando se ha llevado a cabo una aplicación del derecho basada en normas inexistentes, caducadas o interpretadas de manera abierta y palmaria en su sentido contrario, o en pugna frontal a la legalidad, llegándose a conclusiones ilógicas y absurdas, contrarias a lo que es evidente y constatado o a la normativa aplicable, generándose con ello una ruptura de la armonía del concierto jurídico y situación de desorden en lo que la recta justicia debe procurar; en el presente caso, la demanda de error judicial entablada contra el auto de la Audiencia que resuelve un incidente de impugnación de la tasación de costas practicada en juicio de audiencia en rebeldía, carece por completo de base y fundamento algunos, y debe ser desestimada la sorprendente totalmente infundada demanda iniciadora de este proceso. (STS de 14 de diciembre de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Excelente resumen del *corpus* jurisprudencial sobre error judicial (Pte. Morales Morales). (G.G.C.)

65. **Error judicial.**— El TS tiene ocasión de enjuiciar, si de acuerdo con los hechos probados, concurren los presupuestos previstos en la LOPJ para la apreciación del error judicial, que determinaría la obligación por parte del Estado de indemnizar los daños causados por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

La LOPJ regula en los arts. 292 y ss. la posible acción indemnizatoria del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, estableciendo determinados requisitos de ineludible cumplimiento. En el apartado 1 del art. 292 se prevé: «Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título». Asimismo, se establece en el art. 295 «En ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado».

El TS examina los presupuestos legalmente necesarios para que exista la obligación de indemnizar por parte del Estado, y su concurrencia en el caso concreto, haciendo las siguientes consideraciones:

1. En relación con el presupuesto de que el denunciante del error no haya tenido medios procesales de defensa, en el caso enjuiciado, parece que el conocimiento del depositario de la existencia del procedimiento de suspensión de pagos en Carmona, y la no realización de las actuaciones pertinentes

para haber conseguido la acumulación de procedimientos, implica el no agotamiento de los medios procesales que el ordenamiento pone a su disposición para evitar el posible error judicial, lo que determina que no se agotaron los medios procesales previstos por el ordenamiento jurídico.

2. En lo referente a otro de los presupuestos esenciales requeridos para apreciar el error judicial, es que se acredite la efectividad del daño producido por el error. El TS considera que no se ha producido el daño, pues cuando la masa de la quiebra llegó al convenio con el quebrado no se encontraba en su patrimonio el importe de la subvención.

3. En cuanto a la observancia del plazo inexcusable de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse la acción judicial para el reconocimiento del error, establecido en el art. 293 LOPJ. Tampoco aprecia la concurrencia de este presupuesto, ya que el conocimiento de la existencia del procedimiento de suspensión fue muy anterior, y que ha transcurrido con creces el plazo para entablar la acción.

4. Asimismo, se considera que la resolución además de fuera de plazo, falta de relación causal con el daño presuntamente producido, y no agotamiento de los medios de impugnación, no puede ser calificada como desajuste objetivo, patente e indudable, que permitiera alegar el error judicial padecido. (STS de 14 de marzo 1995; no ha lugar).

HECHOS.— Presentada en el Juzgado núm. 13 de Madrid, solicitud de suspensión de pagos por el propio deudor, se transforma en proceso de quiebra necesaria el día 24 de junio de 1988, dictándose auto declarándole en quiebra el 28 de julio de ese mismo año.

Con posterioridad a esta declaración de quiebra, el propio deudor, por escrito presentado ante el Juzgado de Carmona (Sevilla) solicita que se le declare en estado de suspensión de pagos, siendo admitida su solicitud a trámite el 30 de diciembre de 1988. Este hecho es conocido por el depositario (todavía no se habían nombrado los síndicos) el 20 de junio de 1989, fecha en la que el depositario solicita que se le tenga por parte en la suspensión, pide la nulidad de lo actuado y la acumulación al juicio de quiebra, pero el escrito es defectuoso porque falta la firma del Procurador, siendo desestimadas por el Juzgado dichas pretensiones, sin que se presente contra dicha resolución recurso alguno.

El Juzgado de Carmona sigue conociendo de la suspensión hasta que se le presenta un escrito del propio suspenso en el que solicita el sobreseimiento de la suspensión, al haber llegado a un acuerdo en el procedimiento de quiebra, mediante el convenio de fecha 11 de mayo de 1990.

Sobreseído el expediente de suspensión de pagos, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Carmona, dicta providencia el 20 de septiembre de 1990, acordando la devolución al deudor de una subvención remitida a ese Juzgado por un importe de 113.650.290.- Pts.

La Sindicatura de la quiebra interpone recurso extraordinario de revisión sobre reconocimiento de error judicial ante la Sala 1.ª del TS. (M.ª I.M.P.)

66. Magistrado suplente.— Los magistrados suplentes están sometidos a los mismos deberes funcionales y procesales que cualesquiera de los miembros del Tribunal del que sea llamado a formar parte pues no existe ningún precepto que, expresa o tácitamente, les someta a limitación o condicionamiento.

Si bien los arts. 202 LOPJ y 326 LEC obliga al Tribunal donde se va a integrar el Magistrado Ponente a hacer saber a las partes su designación, «el incumplimiento de dicha obligación procesal, aunque integrante de una irregularidad procesal... carece de entidad suficiente para acarrear consecuencias tan graves» como la anulación de las actuaciones practicadas y ello porque es doctrina uniforme de esta Sala (Sentencias de 28 de febrero de 1991, 23 de marzo de 1992, 30 de abril de 1993) que «si bien la no comunicación a las partes del cambio de ponente constituye una evidente irregularidad procesal la misma no tiene entidad suficiente para provocar una medida de tanta trascendencia procesal como es la nulidad de actuaciones», máxime cuando no conste que se haya producido indefensión a una de las partes (alegando ésta alguna causa de recusación de haber conocido en tiempo oportuno su nombramiento).

Abstención obligatoria del Magistrado en que concurra alguna causa de abstención legalmente establecida.— Si la parte procesal a quien le interese considera que en un Magistrado de la Sala que va a conocer del recurso de apelación concurre una de las causas por las que debe abstenerse del conocimiento del recurso sin que lo haya efectuado, debe promover en el momento procesal oportuno el incidente de recusación que se regula en los arts. 223 a 228 LOPJ y los arts. 194 a 217 LEC, pues si no se promueve el precitado incidente se acepta la composición de la Sala de Apelación en la forma en que la misma esté constituida, y resulta legalmente inviable pretender que en casación, la Sala haga por primera vez un pronunciamiento sobre este extremo.

«Sólo podrá otorgarse el recibimiento del pleito a prueba en Segunda Instancia: ... cuando por cualquier causa no imputable a quien solicitare la prueba, no hubiera podido hacerse en Primera Instancia toda o parte de la que hubiere propuesto» (Art. 862.2 LEC).— La dicción de dicho precepto no condiciona dicho recibimiento a que la prueba no se haya practicado por causa imputable al órgano judicial, lo único trascendente es que la prueba no se haya practicado «por causa (cualquiera que sea) no imputable al que la solicitare». Por otro lado, el mayor o menor número de pruebas practicadas no es argumento que justifique la denegación de una prueba pues tan sólo los criterios que menciona el art. 862 LEC pueden evidenciar la inadmisión. (STS de 1 de octubre de 1994; ha lugar).

HECHOS.— El actor interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre acción reivindicativa de finca rústica contra el I.A.R.A., I.N.R.Y.D.A., A.A.M. y R. y A.G.P. quienes contestaron a la demanda solicitando cada uno en sus respectivos escritos que se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda con expresa condena en costas.

El Juzgado de Primera Instancia de Jaén, desestimó la demanda. Apelada la Sentencia la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia confirmando la sentencia dictada en primera instancia con expresa condena en costas del apelante.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo estimó el recurso mandando reponer las actuaciones practicadas en el recurso de apelación al momento en que en el mismo fue dictado auto de fecha 16 de diciembre de 1991, y dictar, en sustitución del referido auto, otro en el que se acuerde, el recibimiento del pleito a prueba en segunda instancia, la admisión del documento que la parte apelante aportó por primera vez en segunda instancia y la continuación de la tramitación del recurso de apelación hasta dictar sentencia que sea procedente con arreglo a derecho. (S.A.R.)

67. Competencia de jurisdicción civil. Relación laboral.— «A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le están atribuidos privativamente y, al ejercitar la demandante Comisión liquidadora de la Suspensión de Pagos de la entidad mercantil, una acción reivindicativa de una finca, que entiendo debe integrar la masa del activo de la entidad suspensa, para, con el precio de venta de dicha finca, hacer pago a sus acreedores de acuerdo con el Convenio alcanzando en la aludida Suspensión de Pagos, lo que indudablemente es de la exclusiva competencia de la Jurisdicción Civil, ha de concluirse que tiene un carácter evidente y notorio de cuestión prejudicial la atinente a resolver sobre la validez o no que haya de atribuirse a la escritura pública de venta de la referida finca, otorgada por el Magistrado de Trabajo».

«Al versar el tantas veces repetido proceso laboral sobre reclamación del pago de salarios, dicho proceso no tenía que quedar en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal, según establece el párrafo quinto del art. 32 del Estatuto de los Trabajadores».

«Es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la de que no cabe estimar el recurso (o el motivo correspondiente) cuando haya de mantenerse el fallo de la sentencia recurrida, aunque sea por otros fundamentos jurídicos distintos de los que éste tuvo en cuenta». (STS de 3 de octubre de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La Comisión liquidadora de «Químicas Cid. S.A.» incoó procedimiento declarativo reivindicando la propiedad de una finca y solicitando la nulidad de escritura de compraventa. Dicha escritura fue realizada en ejecución de sentencia por orden del Sr. Magistrado de Trabajo a favor del Sr. T.B., hecho el otorgamiento en nombre de «Q.C. S.A.» y trae causa de procedimiento laboral por el que se condenó a la mercantil a pagar al Sr. T.B. los salarios que se le debían.

La Comisión liquidadora basó su acción en el hecho de haberse solicitado la suspensión de pagos con anterioridad al planteamiento de la demanda laboral.

El Juzgado de Primera Instancia entendió haber lugar a la demanda y declaró nula de pleno derecho la escritura de compraventa.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó, argumentando incompetencia de legislación civil para resolver el tema de este litigio del orden laboral, y, no obstante ello, se pronunció sobre el fondo de la demanda.

Recurrida la sentencia en casación en base a la incongruencia de la misma, el T.S. entendió no estimar el recurso por deber mantenerse el «fallo» recurrido, aunque fuera por otros fundamentos jurídicos distintos de los que la Audiencia tuvo en cuenta.

NOTA.— El TS reconoce que es incongruente la sentencia recurrida, pero, entiende que el recurrente no presenta un sólo argumento sólido para fundamentar su acción, por lo que desestima el recurso al no haber lugar a incompetencia del legislador civil, y ser válida la escritura de compraventa impugnada. (*J.M.T.P.*)

