

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO I, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 1997



**BOE** BOLETÍN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

# 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

## Coordinación

NIEVES FENOY PICÓN

## Consejo de Redacción

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

## SUMARIO

	<i>Pág.</i>
<b>Estudios monográficos</b>	
María REPÁRAZ PADRÓS, «La crítica contemporánea al Proyecto de Código Civil de 1851» .....	1015
José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y reconocibilidad del error en los contratos» .....	1221
Xabier BASOZABAL, «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual» .	1263
<b>Estudios legislativos</b>	
Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística» .....	1301
<b>Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias</b>	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ .....	1365
<b>Información Legislativa</b>	
Por Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ .....	1419

## Vida jurídica

- Gabriel GARCÍA CANTERO, «IX Congreso mundial de "The International Society of Family Law" (27-31 julio 1997, Durban, Sudáfrica)» ..... 1443

## Bibliografía

## LIBROS

- BELUCHE RINCÓN, Iris, «La relación obligatoria de usufructo», por Pedro Arenas Naon ..... 1447
- CAÑIZARES LASO, Ana, «El pago con subrogación», por Alfonso González Gozalo ..... 1449
- COSTI, Renzo, «L'Ordinamento Bancario», por Francisco Marcos ..... 1452
- GÓMEZ CALERO, Juan, «Régimen jurídico del contrato de viaje combinado», por Ignacio Garrote Fernández-Díez ..... 1463
- VAQUER ALOY, Antoni, «El ofrecimiento de pago en el Código Civil», por Alfonso González Gozalo ..... 1466
- VERDERA SERVER, Rafael, «La subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de vivienda», por Pedro Arenas Naon ..... 1469

## REVISTAS ESPAÑOLAS

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE ..... 1473

## Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado Civil

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE ..... 1499

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## SENTENCIAS COMENTADAS

- M.<sup>a</sup> Dolores ARIAS DÍAZ, «Venta del bien arrendado al arrendatario: extinción del arrendamiento por confusión. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1996)» ..... 1541
- Antonio GÁLVEZ CRIADO, «Contrato de asunción de deuda: inexistencia del consentimiento del acreedor. Efectos de este contrato. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1996)» ..... 1547
- Juan Carlos REBOLLO GONZÁLEZ, «Los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales, la confrontación entre ellos. (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1997)» ..... 1557
- Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, «Diferenciación entre doble venta y venta de cosa ajena. Protección al tercero hipotecario. (Comentario a la Sentencia de 12 de julio de 1996 de la Sala Primera del Tribunal Supremo)» ..... 1561

## SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Silvia ALGABAROS, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Margarita CASTILLA BAREA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Luis FAJARDO LÓPEZ, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENGO, Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Javier LARENA BELDARRAIN, Eva MARTÍN ORIVE, M.<sup>a</sup> Isabel MONDÉJAR PEÑA, Óscar MONJE BALMASEDA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ ..... 1575

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)  
y Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 7.500 ptas.

Precio del fascículo suelto: 2.400 ptas.

## ADMINISTRACIÓN

**Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: (91) 390 20 82 / 83 / 97 / 84

## VENTA Y DISTRIBUCIÓN

**Librería del Boletín Oficial del Estado**

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: (91) 538 21 11

Fax: (91) 538 21 21

## SUSCRIPCIONES

**Boletín Oficial del Estado**

Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

Tel.: (91) 384 17 15

Fax: (91) 384 17 14

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO L, FASCÍCULO III  
Julio-septiembre, 1997

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 1997

---

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

---

NIPO (BOE): 007-97-080-6  
NIPO (M. de Justicia): 51-97-008-X  
ISSN: 0210-301-X  
Depósito legal: M-125-1958

---

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid. 1997

# La crítica contemporánea al Proyecto de Código Civil de 1851<sup>1</sup>

MARÍA REPÁRAZ PADRÓS

SUMARIO: 1. *Introducción*: 1.1 Estado de la cuestión. 1.2 Las notas características del Proyecto a través de sus bases. 1.3 La decisión de someter el Proyecto de Código Civil a información pública. 1.4 La respuesta a la Real Orden de 12 de junio de 1851.-2. *La reacción de la Iglesia católica*. 2.1 Introducción. 2.2 El informe del Tribunal de la Rota. 2.3 Los informes de la Iglesia desde Galicia. 2.4 El informe de la Iglesia desde Cataluña.-3. *La crítica de los juristas contemporáneos*. 3.1 Las Audiencias Territoriales. 3.2 La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Salamanca. 3.3 La crítica de la doctrina jurídica contemporánea.-4. *La crítica de los intereses económicos. Los informes enviados desde Cataluña*. 4.1 Introducción. 4.2 La crítica de la clase propietaria catalana. 4.3 El conflicto de la *rabassa morta*. 4.4 Valoración de la crítica de los intereses económicos.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1 ESTADO DE LA CUESTIÓN

El estudio del Proyecto de Código Civil de 1851 ha sido tradicionalmente enfocado desde la perspectiva de su abandono. Su análisis se ha centrado en su crítica y en las causas de su postergación sin que se hayan diferenciado siempre con suficiente claridad los dos aspectos. La crítica del Proyecto es una de las causas de su fracaso, pero por supuesto no la única pues junto a ella deben tenerse presentes factores externos a éste.

Dentro de lo que constituye propiamente la crítica, debe hacerse una distinción entre la contemporánea al Proyecto, es decir, la que responde a la llamada a la información pública hecha desde el Gobierno y lo enjuicia aún como posible Código Civil, de la crítica que, décadas después, defi-

---

<sup>1</sup> El presente trabajo resume el cuarto capítulo de la Tesis doctoral «García Goyena y el Proyecto de Código Civil de 1851» leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. En la introducción se utiliza parte del capítulo III, dedicado a las notas características del Proyecto.



nitivamente abandonado el Proyecto y hasta nuestros días, valora sus disposiciones dentro del proceso codificador en su conjunto.

Es causa del abandono del Proyecto únicamente la primera, y a ella conviene acudir para conocer dos cuestiones esenciales: quiénes fueron los que censuraron el Proyecto y cuáles fueron las disposiciones que provocaron su rechazo, así como el grado de éste. Este trabajo pretende aportar unos datos a nuestro juicio de importancia a la hora de completar –y en su caso matizar– los obstáculos tradicionalmente atribuidos al Proyecto.

En este contexto, pueden distinguirse tres tipos de estudios, si bien la distinción no deja de ser un artificio para clarificar el estado de la cuestión. En primer lugar, se encuentran las referencias dentro de obras no específicamente dedicadas al Proyecto del Código Civil de 1851, en las que tanto civilistas<sup>2</sup> como historiadores del dere-

---

<sup>2</sup> Comenzando por GÓMEZ DE LA SERNA, quien en 1871 atribuye la decisión del Gobierno de someter el Proyecto a información pública a la influencia incipiente de «la escuela histórica alemana, y esto hacia que se mirase con recelo la conveniencia de la Codificación del derecho civil», decisión que no interpreta tanto como dirigida a impedir su promulgación como a que «con pleno conocimiento todo fuera discutido por personas competentes, y el Código obtuviera completa aceptación...», para concluir lamentando la falta de conocimiento de los informes enviados. GÓMEZ DE LA SERNA, P.: «Estado de la codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II», en *RGLJ*, tomo XXXIX, 1871, pp. 297 y 298. A finales de siglo, SÁNCHEZ ROMÁN centra su crítica en el «espíritu» que la preside, que es calificado de exclusivo y estrecho, de forma que «más parece un Código Civil para Castilla, atendida la parcialidad favorable á esta legislación, que un proyecto de Código Civil general». Su posición es moderada, al limitarse a considerar que la «legislación foral» ofrece algunas instituciones que debieron ser en parte respetadas y fundidas en una totalidad orgánica y conciliadora con las leyes castellanas...». SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *La codificación civil en España en sus dos periodos de preparación y consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes de la promulgación del Código Civil*, Madrid, 1890, Est. tip. de Sucesores de Rivadeneyra, p. 35.

Dentro ya de nuestro siglo, DE CASTRO Y BRAVO considera que la medida dilatoria representada por la Real Orden que manda publicar el Proyecto no se debió a la crítica doctrinal sino que «la origina el mayor enemigo que ha de tener la codificación: la oposición de los foralistas». CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, reedición facsímil de los tomos I y II editados en 1949 y 1952, respectivamente, Civitas, p. 192. El mismo autor señala en otro estudio sin embargo que «El influjo retardatario y obstaculizante de los Derechos forales, respecto a la Codificación, no se nota hasta mediados del siglo XIX, aunque sus orígenes haya que buscarlos mucho antes». El autor coloca el punto de inflexión precisamente en el Proyecto de 1851, incluyendo la crítica a éste en la fase beligerante de los Derechos forales. CASTRO Y BRAVO, F. DE: «La cuestión foral y el Derecho civil», en *ADC*, 1949, tomo II, p. 1018. Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS opina que tal vez por haber postergado y eliminado casi totalmente las instituciones de Derecho foral «y por ser excesivamente radical en algunas materias de carácter social y religioso, no llegó a ser ley». CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. I, Madrid, 1988, reimpresión de la 12.ª ed. puesta al día por DE LOS MOZOS, Ed. Reus, p. 241. Alude también vagamente a «otras causas» ESPÍN CÁNOVAS, si bien sigue siendo el obstáculo principal «el excesivo centralismo que motivó una fuerte reacción por parte de los foralistas». ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español*, I, 8.ª ed., Madrid, 1982, Ed. Revista de Derecho Privado, p. 39; PUIG PEÑA ofrece una visión más cercana a la realidad de la crítica contemporánea al establecer como los tres defectos principales la poca consideración que tuvo hacia los Derechos forales, pues reconociendo que el Proyecto venía prefijado en cierta manera por las bases de tendencia unificadora «hubo falta de tacto y de consideración en su enfoque y desarrollo», la regulación del matrimonio y el exclusivismo de las fuentes que se redujeron prácticamente a las castellanas. PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho civil español*, I, vol. 1, Madrid, 1957, Ed. Revista de Derecho Privado, p. 162.

cho<sup>3</sup> señalan los defectos del Proyecto y las causas de oposición a su promulgación. El estudio de unos y otras ha venido tradicionalmente unido a la cuestión más amplia de la relación entre la codificación civil española y los Derechos civiles forales. Aquí se presenta al Proyecto como al máximo exponente de una postura uniformista y castellanista que provoca el rechazo desde los territorios forales, lo que se considera como el principal obstáculo para su promulgación. Aquí deben incluirse algunos estudios específicos sobre el Proyecto que ponen el acento de su rechazo en la oposición decidida de los territorios forales<sup>4</sup>. Junto a este obstáculo, se suele añadir su excesivo afrancesamiento y, en estudios más recientes,

---

LACRUZ BERDEJO insiste en el papel principal del olvido de los Derechos forales en la decisión del Gobierno de dilatar su discusión en las Cortes. LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A., y DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Elementos de Derecho civil*, I, vol. 1, Barcelona, 1988, Ed. Bosch, p. 76. El mismo autor considera, al prologar el comentario de GARCÍA GOYENA al Proyecto, que «Su falta de inspiración nacional, y —cuando la tiene— su exclusivismo castellanista, constituyen sus dos defectos esenciales que lo mantuvieron siempre, afortunadamente, nonato en la legislación», LACRUZ BERDEJO, J. L.: nota preliminar a la reimpression de las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de GARCÍA GOYENA, Zaragoza, 1974, p. V.

<sup>3</sup> ALTAMIRA no se ocupa de las causas del fracaso y simplemente se limita a señalar que el Proyecto se basó en el Derecho castellano «con la adición de algunos principios del llamado Derecho foral y otros de legislaciones extranjeras, especialmente el francés». ALTAMIRA Y CREVEA, R.: *Cuestiones de Historia del Derecho y de legislación comparada*, Madrid, 1914, Librería de los sucesores de Hernando. ESCUDERO señala junto con su radicalismo centralizador «desconocedor del empuje de la legislación foral», la tensión con la Iglesia católica, si bien no se refiere a la regulación del matrimonio sino a las prohibiciones de adquirir a la Iglesia. ESCUDERO, J. A.: *Curso de Historia del Derecho, fuentes e instituciones político-administrativas*, 2.ª ed., Madrid, 1986, Gráficas Solana, p. 923. TOMÁS Y VALIENTE opina que el Gobierno en 1851 consideró que el Proyecto iba a provocar la protesta de la Iglesia por el artículo 608 (el que le prohíbe adquirir) y el artículo 75 (adjudicación de las causas de divorcio a la jurisdicción civil exclusivamente) y la resistencia de los territorios de Derecho foral. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*, 4.ª ed., 4.ª reimpression, Madrid, 1990, p. 544. Obsérvese que este autor atribuye al Gobierno las dos consideraciones.

<sup>4</sup> Trabajos como el de D'ORS y BONET CORREA, quienes consideran también que la oposición foral fue la determinante en la paralización del Proyecto: «Los fueros y las costumbres “que no tenían fuerza de ley” tuvieron fuerza bastante para impedir que el flamante Código llegase a ser Ley positiva». D'ORS, A. y BONET CORREA, J.: «En el centenario del proyecto isabelino de Código Civil», *Información jurídica*, 96, 1951, p. 485, y, un poco más adelante: «Si esta persistente tendencia (la de imponer un Derecho franco-castellano) no llegó a fraguar en un Código viable, sobre todo en este momento propicio del 1851, ello se debe, como ya queda apuntado, a la natural resistencia ante la unificación, mejor dicho, ante la imposición de un Derecho franco-castellano, por parte de los territorios forales, que ocupan, como es sabido, más de una quinta parte del territorio patrio», p. 488. CASTÁN VÁZQUEZ, aun cuando se hace eco de los datos expuestos por CRESPO DE MIGUEL en lo referente a la oposición de la Iglesia católica, opina que «con todo, parece que la oposición foralista, comprensible, fue la que principalmente logró detener la tramitación del Proyecto». CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: «El Proyecto de Código Civil de 1851 y su influencia en las codificaciones americanas», en *Anales de la RAJL*, núm. 19, especial dedicado al centenario del Código Civil español, Madrid, 1988, p. 281. En un tono algo crispado, SALINAS QUIJADA censura duramente la influencia francesa en el Proyecto y especialmente el trato del Proyecto a los Derechos forales, en donde coloca la razón de su fracaso: «hubo un clamor contra este Proyecto en todas las provincias que gozaban de fueros [...] El movimiento de opinión fue tan intenso y tan sumamente grave, que el Gobierno promulgó la Real Orden de 12 de junio de 1851». SALINAS QUIJADA, F.: «Navarra en el Proyecto isabelino de Código Civil de 1851 y en las “Concordancias” de García Goyena», *Revista Príncipe de Viana*, Pamplona, agosto-diciembre de 1984, p. 691.

la oposición de la Iglesia católica a la regulación del matrimonio y a su prohibición de adquirir. Sobre esta terna de censuras pueden plantearse algunas consideraciones.

En ocasiones, en la explicación de las críticas y las causas del rechazo se da un salto que, como se verá en las páginas siguientes, no siempre el estudio de la crítica contemporánea corrobora o respalda. Esto sucede en parte con la censura del afrancesamiento, pero sobre todo en el tratamiento de la llamada cuestión foral. En el primer caso, es un dato objetivo la marcada influencia del Código Civil francés, tanto en el plan y distribución de las materias como en buena parte del articulado; esto puede constituir hoy día una crítica grave sin que tuviera por qué convertirse en obstáculo en los años de elaboración del Proyecto; por entonces, si bien en varias ocasiones se alzaron voces lamentando esta «dependencia», esas mismas voces fueron las que no dejaron de reconocer la calidad del Código napoleónico y en definitiva adoptaron una actitud más bien resignada que reprobatoria. En cualquier caso, el calificativo de afrancesado en la crítica contemporánea no parece que alcanzase la categoría de obstáculo para su aprobación<sup>5</sup>.

Algo similar ocurre con la considerada mayoritariamente como la principal de las objeciones. Es también un dato objetivo que la anunciada transacción entre los Derechos civiles forales cedió en beneficio del Derecho civil castellano, así como que los derechos adquiridos y esperanzas legítimas no contaron con una protección decidida y manifestada de forma inequívoca<sup>6</sup>. Pero esto no equivale necesariamente a que se produjera una oposición de los territorios forales ni a que tal reacción que se erigiera en su mayor e incluso único obstáculo. La crítica contemporánea nos llevará a diferenciar los conceptos de unidad y uniformidad del Código y a valorar el grado de transacción de esta última y la protección de derechos adquiridos y esperanzas legítimas: son aspectos diferenciados dentro de las protestas elevadas contra la solución dada por el Proyecto de Código Civil de 1851. Tampoco deben confundirse los temores de posibles reacciones con la efectiva existencia de éstas; esta última reflexión viene referida a los temores expresados por el Gobierno en la Real Orden de 12 de junio de 1851 y que sólo confirmarán o matizarán las respuestas que se enviaron.

Un segundo grupo de trabajo es el formado por aquellos donde se destacan otras causas distintas y complementarias a las críticas del articulado. Dentro de las causas externas se encuentran unas de carácter estructural, como el retraso en la implantación de un régimen económico-libe-

---

<sup>5</sup> Así lo cree también PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español, o. c.*, p. 161. Relativiza también esta crítica BARÓ PAZOS, J.: *La Codificación del Derecho Civil en España*, Santander, 1993, Ed. Universidad de Cantabria, pp. 142-143.

<sup>6</sup> Estas cuestiones se analizan dentro del capítulo tercero de la Tesis doctoral citada a la que pertenece este trabajo; en él se aborda la evolución del Proyecto en lo referente a su postura ante la unificación y uniformidad de los Derechos civiles españoles y el modo de llevarlas a cabo a través de las bases generales de la codificación, las específicas del Código Civil y el texto articulado del Proyecto.

ral y la escasa protección de las libertades individuales; otras son de naturaleza estrictamente política, pues es indudable que la inestabilidad y la crisis creciente del partido moderado, que presagiaba su caída en 1854, no creaban el clima más propicio para introducir y respaldar una reforma del calado social que comportaba el Proyecto de Código Civil. Por otra parte, la firma del Concordato con la Santa Sede, tras largos años de conversaciones, había sido uno de los más preciados objetivos del partido en el poder y por tanto no iba a ser fácil la promulgación de un Código Civil conflictivo con la Iglesia católica; en fin, incluso pudieron influir factores circunstanciales, como la experiencia de las dificultades y críticas con que se había topado el Código Penal de 1848 y que habían desembocado en su inmediata reforma.

Han sido estos estudios los que han ido matizando y enriqueciendo el marco jurídico y socio-político necesario para comprender la trascendencia del Proyecto y las causas de su frustración. Dentro de los realizados por historiadores del derecho<sup>7</sup> hay quien ha cuestionado seriamente la crítica foral al Proyecto en varias direcciones: como oposición foral propiamente dicha, ya que a mediados del siglo pasado aún no se puede hablar de un grupo de juristas defensores de la subsistencia de los Derechos civiles forales; y, en segundo lugar, y tras la corrección de oposición foral por oposición «desde» territorios forales, con la advertencia del sustento económico que fundamenta la práctica totalidad de las quejas «forales» emitidas<sup>8</sup>. Estas reflexiones son compartidas, en distintos grados, por estudios de civilistas que se han dedicado al estudio de la codificación, abarcando los factores no estrictamente jurídicos pero íntimamente relacionados con éstos, como la política y la economía<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989, Alianza Editorial, p. 93, donde en cualquier caso insiste en que el Proyecto levantó la oposición foralista contra el artículo 1992 y la de la Iglesia; BARÓ PAZOS, J.: *La Codificación...*, o. c.; SCHOLZ, J. M.: «Spanien», dentro de la obra dirigida por COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, I, Munich, 1982, Ed. Beck, pp. 687 a 862. GIBERT, R.: «La codificación civil en España (1752-1889)», *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, tomo II, Firenze, 1977, Ed. Leo S. Olschki, pp. 907 a 933. CLAVERO, B.: *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, Siglo XXI de España Editores. Del mismo autor, «Codificación y constitución: paradigmas de un binomio», *Quaderni Foirentin*, 18, 79 a 145, «“La gran dificultad”. Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX», *Ius Commune*, XII, Frankfurt, 1984 así como «Código y Registros civiles, 1795-1875», *Historia, Instituciones, Documentos*, Sevilla, 1988, pp. 85 a 102.

<sup>8</sup> Especialmente duro en su crítica, CLAVERO en los trabajos «Los fueros en la España contemporánea: de la reacción antiliberal al federalismo vergonzante», «Historia jurídica y código político: los derechos forales y la constitución» y «Revolución científica y servidumbre histórica: en los orígenes de la cuestión foral», los tres dentro de la obra citada *El código y el fuero...* Cuestiona también la atribución de la principal oposición a los defensores de los Derechos forales BARÓ PAZOS, *La codificación civil...*, o. c., p. 137.

<sup>9</sup> Aquí deben citarse dos estudios de MALUQUER DE MOTES donde se pone de relieve la importancia del proceso de transformación de la propiedad y de consolidación de las libertades individuales en el avance del proceso codificador en nuestro país; en «La Codificación civil en España (síntesis de un proceso)», en *RDP*, 1981, pp. 1083 a 1101, escribe: «¿Era tan fuerte la oposición foralista que ella sola consiguió retrasar la codificación nada menos que ochenta años? [...] si a simple vista los argumentos en favor de la explicación

Esta última doctrina enlaza con la genuina valoración del Proyecto, la realizada en los años inmediatamente posteriores a su exposición para la crítica. Los estudios que se elaboraron décadas después inevitablemente trasladaron las polémicas y las categorías de la época a la historia de la codificación civil, convirtiendo la cuestión foral casi en un tópico y, lo que es más grave, eclipsando el resto de causas que habían retrasado la publicación de un Código Civil en España<sup>10</sup>.

En tercer lugar, se encuentra un reducido grupo de trabajos, dentro de los cuales podría incluirse el que aquí se presenta. Se trata de estudios que tienen como objeto, a veces único, otras veces dentro de un análisis más amplio, la crítica contemporánea al Proyecto. Todos ellos se caracterizan por tener como fuente principal el conjunto de informes que se enviaron como respuesta a la solicitud de pareceres emitida por el Ministro de Gracia y Justicia en 1851. Gracias a ellos, puede comprobarse el interés que el estudio de la crítica contemporánea tiene para comprender las dificultades del proceso codificador civil español, dificultades que deben calibrarse dentro de cada una de sus etapas. Estos trabajos, que han vuelto la mirada hacia las fuentes de la época con interesantes resultados, son relativamente recientes.

El primero de ellos, y que en buena parte alentó los posteriores, es la conocida *Crónica...* de Lasso Gaité<sup>11</sup> gracias a la cual se dio la noticia de la existencia de abundante documentación a propósito de la información pública del Proyecto del Código Civil de 1851 y en la que se describe con

---

«foralista» son válidos, estos requieren necesariamente ser matizados [...] Los dos hitos trascendentales en el camino de la codificación (artículo 258 de la Constitución de 1812 y el Proyecto de 1851) deben ser matizados [...] quizá sea más oportuno pensar que la razón más poderosa de que no se alcanzase con cierta rapidez el tan deseado proceso codificador radica en la inoportunidad del propio proceso, por cuanto éste no debía iniciarse hasta no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la Revolución liberal, a saber: el derecho de propiedad y las libertades fundamentales», pp. 1083 a 1085. En un trabajo posterior insiste en los aspectos económicos y matiza la tendencia castellanizante de la codificación civil, «El Código Civil o la codificación del derecho castellano», *Centenario del Código Civil (1989-1989)*, vol. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 1205 a 1229. SCHOLZ acentúa el contexto político y la situación económica del momento en «Spanien», *o. c.*; DE LOS MOZOS además de justificar en cierta manera el afrancesamiento del Proyecto y aun cuando alude a la disposición final derogatoria como la causa de la oposición de los «defensores de las particularidades de algunas provincias», reconoce que las respuestas «consideradas globalmente, no fueron tan adversas» y resalta un factor importante en el abandono del Proyecto, la inestabilidad política y la consiguiente falta de una voluntad decidida de «la autoridad suficiente, en un momento en que estaban a punto de recomponerse las fuerzas políticas, dando por terminada la década moderada», MOZOS, J. L. DE LOS: *Introducción a la obra El Código Civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, Madrid, 1989, Ed. Senado. Es también interesante el trabajo del mercantilista MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ, A.: «Autonomía económica liberal y codificación mercantil española», *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, 1986, Ministerio de Justicia, pp. 45 a 82, donde buena parte de sus consideraciones son también aplicables a la codificación civil.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión, el artículo más duro es el de CLAVERO, B.: «La gran dificultad...», *o. c.*, pp. 91 a 115.

<sup>11</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la codificación española, 4, codificación civil*, Madrid, 1970, Ed. Ministerio de Justicia.

detalle su contenido. A partir de entonces, han aparecido varios estudios que investigan dichos fondos desde distintas perspectivas. Así, Salvador Coderch<sup>12</sup> maneja los informes enviados desde Cataluña con el fin de investigar la reacción catalana ante el Proyecto. Las interesantes conclusiones a las que llega aumentan el interés por el estudio global de las exposiciones y van en la línea abierta por los estudios del segundo grupo al destacar en la oposición catalana «foral» los intereses económicos, que en el fondo son los que se tratan de proteger fundamentalmente. Por otra parte, la valoración de la normativa en sede de matrimonio ha sido tratada por Crespo de Miguel<sup>13</sup> en un primer trabajo –ampliado más adelante en un estudio– donde aparecen otras materias del Proyecto conectadas con la Iglesia católica. El más reciente trabajo que maneja estos informes es el de Baró Pazos<sup>14</sup>, donde dentro de los límites que se derivan de una obra que abarca toda la codificación civil española se destacan algunos aspectos interesantes de los informes.

Nuestro análisis se dedica a la crítica que en su conjunto se emitió con motivo del sometimiento del Proyecto del Código Civil de 1851 a información pública. Con ello, se pretende darla a conocer con más detenimiento, buscando sus razones y sus propuestas, para aportar más luz a la cuestión de los obstáculos del Proyecto y en definitiva a las dificultades con que se encontró el proceso codificador civil en España.

Pero antes de comenzar con el análisis de la crítica contemporánea, resulta conveniente detenerse, al menos brevemente, en los rasgos más característicos del Proyecto.

## 1.2 LAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO A TRAVÉS DE SUS BASES

Desde que en septiembre de 1843 la primera Comisión General de Codificación (CGC) se dispone a codificar el Derecho civil español hasta que entrega al Gobierno el Proyecto de Código Civil en 1851, se elaboran varios textos que, en un proceso de concreción, van configurando el Proyecto de Código Civil de 1851 con sus características propias.

Como es sabido, el proceso codificador del Derecho civil español, a su vez inscrito dentro del movimiento codificador europeo, es un movimiento no exclusivamente jurídico, sino que en él aparecen implicadas una diversidad de facetas que exceden de los límites de este trabajo<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> SALVADOR CODERCH, P.: *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, Ed. Bosch, pp. 67 ss.

<sup>13</sup> CRESPO DE MIGUEL, L.: «El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código Civil español de 1851», en *RGLJ*, tomo XCIV, 1987, pp. 653 a 728; más tarde ha publicado un estudio más amplio: *La secularización del matrimonio. Intentos anteriores a la revolución de 1868*, Pamplona, 1992, Eunsa.

<sup>14</sup> *La Codificación civil...*, o. c., pp. 134 a 145, donde además se hace eco de los trabajos anteriores.

<sup>15</sup> Opina HERNÁNDEZ GIL que la codificación «no ha de entenderse como un sistema de preparación y elaboración del derecho meramente formal» sino que más bien el dere-

La codificación en el plano político se convierte en un indispensable instrumento para introducir los valores que la ideología revolucionaria liberal propone en sustitución a los del antiguo régimen; la economía sufre su transformación principalmente a través de la propiedad territorial, la sociedad estamental pasa a ser una sociedad de clases, el racionalismo y el iusnaturalismo filosóficos promueven las ideas de unidad del Derecho, de primacía y suficiencia de la ley como expresión de la razón. Todos estos movimientos avanzan, si bien a distinto ritmo, a través de nuestro siglo XIX. Dentro de ellos se sitúa el intento más acabado de promulgar un Código Civil español.

El componente político de la codificación se muestra de manera palpable en la relación que los Códigos mantienen con las Constituciones españolas del pasado siglo. Unos y otros textos, complementarios, desarrollan un papel esencial en la revolución liberal. En lo que se refiere al Proyecto de Código Civil de 1851 su relación con la Constitución de 1837 se manifiesta en el primero de los textos que conforman su proceso de elaboración, texto aprobado por la CGC y que recoge las bases generales de la codificación, verdaderos engarces entre la Constitución y los Códigos que debía elaborar la CGC. No cabe duda que, en el plano político, uno de los objetivos de la codificación es el de la unificación del Derecho vigente, pues ésta constituye uno de los elementos esenciales de refuerzo del Estado, del poder central además de representar una consecuencia del principio de igualdad consagrado en la Constitución de 1837. Es por lo tanto el objetivo de la unificación del Derecho privado uno de los puntos que las bases generales abordan y el que ofrece mayor interés en este estudio.

Dicho objetivo conduce a uno de los temas clásicos, tanto entre civilistas como historiadores del derecho, el de la relación entre los Derechos civiles forales y la codificación en España. En los años que rodean al Proyecto, la cuestión se centró más bien en el modo de llevar a cabo la unificación del Derecho Civil, pues la unificación misma, que no es equivalente a uniformidad, no fue en rasgos generales discutida.

En los años cuarenta, el debate no se plantea entre partidarios de los Derechos forales y partidarios de un Código centralista que los haga desaparecer. En estos años, encontramos más bien a los partidarios del régimen constitucional y a los que lo combaten. Los primeros tienen como corolario de sus sucesivas Constituciones la unidad legislativa, la igualdad ante la ley que emana de unas Cortes Generales, único poder legislativo. El debate en los años de elaboración del Proyecto se produjo entre los partidarios del sistema constitucional y acerca del sistema de unificación del Derecho civil en España. Fue en este plano donde se defendieron posturas que reclamaban o bien la incorporación de normas de los Dere-

---

cho codificado es un derecho «que parte de determinada organización política y jurídica del Estado pero que afecta a sectores fundamentales de la vida en sociedad». HERNÁNDEZ GIL, A.: «Formalismo, antiformalismo y codificación», *Obras Completas*, tomo I, Madrid, 1987, Espasa Calpe, p. 616.

chos civiles forales dentro del Código Civil como opciones para los ciudadanos en puntos concretos, o bien la transacción entre los distintos Derechos civiles, con el fin de no extender las normas de un determinado territorio sobre el resto. Pero no se defendieron en los años 1843-1851 posturas que abogaran por la conservación de los Derechos civiles forales en cuanto tales (tampoco por la conservación del Derecho civil castellano tal y como se encontraba a mediados del siglo pasado). Los protagonistas de la codificación, los políticos y los juristas liberales, no se plantearon la unidad de Códigos como problema, ni siquiera en el debate que planteó García Goyena en plena reforma de la Constitución de 1837 y en el que solicitó la desaparición de la unidad de Códigos en el nuevo texto constitucional.

La postura de los liberales de la época acerca de la conveniencia de un único Derecho civil para toda la nación es comprensible y coherente desde su ideología. Por el contrario, cabe pensar que en el momento de someter el Proyecto a la información pública se oírían las voces de quienes no habían estado representados por los dos principales partidos políticos responsables del Proyecto, ambos liberales. Pero, como se analiza más adelante, la oposición de los territorios forales no fue ni la única, ni la principal; probablemente ni siquiera se podría hablar de una oposición conscientemente foral, queriendo expresar por foral, defensora de la conservación de los Derechos forales en cuanto tales.

El problema de la unificación del Derecho civil se refleja tanto en las bases generales de la codificación como en las específicas del Código Civil, aprobadas unas y otras por la CGC en 1843.

### 1.2.1 Las bases generales

Una Constitución<sup>16</sup> es condición necesaria para establecer un régimen político constitucional pero no es suficiente para que éste arraigue

---

<sup>16</sup> Las relaciones entre los Códigos y las Constituciones en España han sido objeto de estudio de TOMÁS Y VALIENTE en *Códigos y Constituciones...*, o. c.; se trata de una recopilación de distintos trabajos de los que aquí nos interesan el primero «Aspectos generales del proceso de codificación en España», pp. 9 a 30 inclusive, y el tercero «Los supuestos ideológicos del Código Civil: el procedimiento legislativo», pp. 81 a 109. Sobre las implicaciones civiles de las Constituciones y las políticas del Código Civil, CLAVERO, B.: «Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)», en *Derecho Privado y Revolución burguesa*, VV. AA. coordinados por Petit, Zaragoza, 1990, Marcial Pons ed. jurídicas pp. 53 a 85. Del mismo autor, *El código y el fuero...*, o. c., pp. 19 a 40 y la ya citada «Codificación y constitución...», donde precisa que Constitución no implica necesariamente Código aunque en España durante el siglo XIX esta correlación exista. La relación entre los Proyectos de Código Civil españoles anteriores al de 1851 y los textos constitucionales correspondientes ha sido estudiada por ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «Proyectos del Código Civil en la primera mitad del siglo XIX», en *Anales RAJL*, núm. 19, especial dedicado al centenario del Código Civil, Madrid, 1988. PÉREZ SERRANO, N.: «Constitucionalismo y codificación», en *RGLJ*, número extraordinario, tomo XXV, 1953, pp. 92 a 104. ZULUETA PUCEIRO, E.: «Razón y codificación» en *ADC*, tomo III, julio-septiembre 1987, pp. 557 a 590, donde además de las relaciones entre ambos textos se abordan los principios ideológicos y filosóficos que influyen en el proce-



en la sociedad; los liberales españoles lo saben por experiencia propia. Precisamente por esto son decisivos los Códigos, porque por una parte igualan ante la ley a todos los ciudadanos con el refuerzo del poder central que esto supone, y por otra parte permiten reformar las instituciones concretas conforme a los principios liberales. La sociedad sólo podía empaparse de los valores propugnados por el nuevo régimen a través de la reforma de las instituciones, fundamentalmente civiles, que la rigen cotidianamente<sup>17</sup>.

Los miembros de la CGC eran plenamente conscientes del papel político de los Códigos que debían redactar; el presidente de la CGC, Manuel Cortina, lo declara de forma inequívoca:

«Toda codificación debe tener su pensamiento político, al cual es indispensable esté subordinada incesante y perennemente. Sólo así pueden tener las leyes que se establezcan la indispensable relación con las instituciones fundamentales del país en que deben regir, y contribuir á que se desenvuelvan los principios sobre que estén basadas y se realice el propósito que á ellas haya presidido. Fijar, pues, este pensamiento político, establecerlo con claridad y precisión, debe preceder á todos los trabajos de cualquiera Comisión codificadora, para saber oportunamente la tendencia y dirección que deba darles, y conocer los límites que no hayan de traspasar»<sup>18</sup>.

Este fue el objetivo perseguido con la redacción de las bases generales de la codificación que elaboró la CGC. Sus autores las definen como «algunos puntos de harta gravedad por su estrecho enlace con la Ley fundamental del Reyno, y sin cuya previa decisión sería muy aventurado que diere principio á la obra...»<sup>19</sup>.

Estas bases o cuestiones, como también las llaman, fueron propuestas por la CGC y aprobadas por el Gobierno; no se discutieron en el Parlamento, con lo que no tuvieron rango de ley, pero ni siquiera se incorporan a un Real Decreto. No constituyen, por tanto, una norma jurídica en sentido estricto.

Sin embargo, atendiendo a su contenido, se observa que la mayor parte de ellas guardan una estrecha relación con la Constitución de 1837.

---

so codificador. GROSSI, P.: «Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX». Doctorado Honoris Causa, Universidad Autónoma de Barcelona, 1991, pp. 9 a 26, centrado en la trascendencia política de la codificación. HERNÁNDEZ GIL, A.: «La Comisión General de Codificación y su obra legislativa», *Obras Completas*, tomo I, Madrid, 1987, Espasa Calpe, pp. 593 a 605, en especial, pp. 600 a 602.

<sup>17</sup> La labor complementaria de los Códigos, de desarrollo de sus principios no equivale a un desarrollo de la Constitución entendida como norma jurídica cúspide del ordenamiento en el sentido kelseniano, como ha puesto de manifiesto HERNÁNDEZ GIL, A.: *La Comisión General de Codificación...*, o. c., p. 600.

<sup>18</sup> CORTINA, M.: *Exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia dándole cuenta del estado de los trabajos de la Comisión*, en «Apéndices á la memoria histórica de los trabajos de la comisión de codificación», en *RGLJ*, tomo XXXIX, 1871, p. 101.

<sup>19</sup> Exposición de motivos de las bases generales, Archivo de la Comisión General de Codificación (ACGC) sección organización, legajo 4, documento 65.

Las bases vienen ordenadas por ella precisamente porque con los Códigos se trata de adecuar la legislación a los principios constitucionales. Basta con leer la primera de las bases generales: «El objeto político de la codificación debe ser realizar y desenvolver los principios consignados en la Constitución de la Monarquía»<sup>20</sup>. Las bases generales son principios que limitan el margen de actuación de la CGC. Actúan como engarces entre la Constitución y los Códigos; a pesar de no constituir una verdadera norma vinculante, su conexión con la Constitución les otorgó un valor que respetaron las dos CGC.

Dentro de las bases generales, que por tanto parece que deberían referirse a todos los Códigos, la tercera se dedica expresamente al Código Civil. No establece esta base la unidad de Códigos, principio que da por supuesto y que se recoge en el artículo 4 de la Constitución de 1837; de lo que se ocupa la base es de paliar los efectos que dicho principio, general a todos los Códigos, producirá en el ámbito del Derecho Civil:

«El Código Civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales, no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aun las esperanzas creadas por las mismas legislaciones»<sup>21</sup>.

El marco del Proyecto viene dado por tres sucesivas decisiones: en primer lugar, se opta por la codificación como el mejor sistema para llevar a cabo la reforma y la sistematización del Derecho civil español. En segundo lugar, por mandato constitucional expreso se establece la unidad del Código, lo que conlleva la desaparición de la diversidad de Derechos civiles en el territorio español, con una sola fuente legislativa encarnada en las Cortes Generales.

Esta segunda decisión se presenta como una manifestación del principio de igualdad y del de la soberanía nacional, además de un instrumento para unificar al país. A este respecto, afirma Clavero que la Constitución

---

<sup>20</sup> ACGC, sección organización, legajo 4, documento 65. La base segunda «Con arreglo á su artículo cuarto (al de la Constitución de 1837) no se reconocerá en los códigos fuero alguno especial sino por razón de las cosas ó materias, estableciéndose uno solo para todos los Españoles en los juicios civiles y criminales», recoge expresamente su conexión con el texto constitucional; la base cuarta manifiesta la confesionalidad del Estado de manera más tajante que la carta magna al ordenar que «En el Código Penal habrá sanción adecuada á la civilización de la época presente, para los delitos contra la Religión católica, que profesan los Españoles»; la quinta restringe el artículo 2.2 de la Constitución de 1837 en el que se lee: «La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente á los jurados». La base quinta, redactada por una CGC contraria al jurado, no tiene más remedio que aceptar el mandato constitucional, pero deja bien claro que salvo lo ordenado en éste, no se admite el jurado: «Por ahora la aplicación del jurado debe quedar limitada á los delitos de imprenta por no estimarse que ha llegado la época de que se aplique á los demás delitos». La sexta y última base «Los códigos deberán regir sólo en la Península e Islas adyacentes, sin perjuicio de que si se estima conveniente que tengan aplicación en las Provincias de Ultramar, pueda hacerse por medio de una ley en la cual se establezcan las modificaciones que ecsigen las circunstancias especiales de aquellos países», responde al artículo adicional segundo de la Constitución, según el cual «Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales». De la base tercera, se trata más adelante.

<sup>21</sup> ACGC, sección organización, legajo 4, documento 65.

implicaba en el ámbito del Derecho civil la «disposición de un código que fundara, frente a la historia, su propio sistema [...] El código también había de ser constituyente; la propia norma constitucional –sus supuestos o su sistema de creación del derecho– resultaba en ello comprometida»<sup>22</sup>. Las dos primeras decisiones se recogen en el artículo 4 de la Constitución de 1837: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía».

Ninguna de ellas fue cuestionada en el momento de la discusión parlamentaria del texto constitucional, como tampoco lo había sido en la discusión de la Constitución gaditana<sup>23</sup>. Sus protagonistas, liberales todos ellos, dan por supuesto que los Derechos civiles tal y como existen van a desaparecer en favor de un Derecho civil más moderno, sistemático, conciso y recogido, para facilitar su conocimiento y aplicación, en definitiva, por seguridad jurídica, en un solo cuerpo legal, un Código, que será aprobado por las Cortes Generales, órgano legislativo representante de la nación. Las diferencias entre los Derechos civiles de los distintos territorios no se consideraron obstáculos insalvables porque, como veremos, con un encomiable optimismo se consideraba que el futuro Código Civil recogería «lo mejor de cada legislación». De esta forma, se conseguiría la unidad legislativa que como toda unidad es considerada en estos años como un progreso frente a la diversidad; valen como muestra estas palabras del senador Ondovilla, pronunciadas en 1844 precisamente dentro de un debate sobre la unidad de Códigos: «La igualdad ante la ley es necesaria en el sentido que debe entenderse. Una Constitución, una religión, unos pesos, medidas y monedas, unos Códigos en toda la Nación, forman un sistema completo de unidad...»<sup>24</sup>.

En cualquier caso, afirmar que existía consenso sobre la unidad de Códigos sería inexacto: existió consenso entre los protagonistas de la codificación, los políticos y los juristas liberales. Para los liberales de la primera mitad del siglo la idea de unidad de Códigos era prácticamente un corolario del sistema constitucional, pero éstos no eran sino la elite que gobernaba el país. Es preciso recordar que existían importantes sectores sociales que no están representados en los foros jurídicos y políticos

<sup>22</sup> CLAVERO, B.: *El código y el fuero...*, o. c., p. 26. Y añade: «Las constituciones, en suma, no podían concebir que, en los ámbitos más decisivos del sistema jurídico, se definiere un derecho sin la verdadera mediación del poder legislativo por ellas establecido», p. 27. Esto no significaba que el futuro Código Civil no debiera tener en cuenta los Derechos civiles vigentes sino que las normas que de éstos se tomaran se asumirían (no se reconocerían) por la nueva ley.

<sup>23</sup> Destaca esta falta de interés o de oposición TOMÁS Y VALIENTE en *Códigos y Constituciones...* o. c., p. 15. Por lo que se refiere a Navarra, comenta SANCHO REBULLIDA el apoyo de los representantes navarros, de ideología liberal todos ellos, a lo que se entiende, durante la primera mitad del siglo XIX como un Código «español, síntesis de la diversidad jurídica existente [...] En estas condiciones, no tenía sentido la expresión “codificación foral”; formaba parte de la “común”», SANCHO REBULLIDA, F.: «El Código Civil en la codificación civil navarra», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, p. 1982.

<sup>24</sup> DSS, legislatura de 1844-1845, cit., sesión de 23 de diciembre de 1843, p. 166.

si queremos tener una imagen lo más matizada posible del contexto en el que actúa la CGC.

La tercera decisión se refiere al sistema que va a seguirse para llevar a cabo la unificación del Derecho civil en un Código Civil. Es en este tercer punto en el que se enmarca la base tercera y donde se produjo la verdadera polémica.

Los dos principales sistemas eran los denominados años después des-centralizado o centralizado <sup>25</sup>. El primero estaba descartado, al proponer tantos Códigos Civiles como Derechos civiles existieran en España, pues contradecía el mandato constitucional, así como la aspiración de simplificar el ordenamiento civil español. Pero dentro del sistema centralizado, que implica un sólo texto legal, cabían varias modalidades según fueran más o menos uniformistas: aquí es donde se produjo el debate en la discusión de las bases generales y en el Parlamento; no a favor o en contra de la unidad del Código Civil sino a favor o en contra de su uniformidad <sup>26</sup>.

La unidad de Códigos vino a confundirse con la idea de uniformidad desde el primer momento <sup>27</sup>. La lectura de los debates parlamentarios

<sup>25</sup> Sobre los sistemas para llevar a cabo la codificación civil además de la clasificación clásica de SÁNCHEZ ROMÁN, F. en *La codificación civil en España...*, o. c., pp. 14 ss., pueden consultarse a ALLENDE SALAZAR, A.: «La codificación civil y las legislaciones forales», en *RGLJ*, tomo LIII, 1878, pp. 202 a 213 y 272 a 283. El segundo incluye al Proyecto de 1851 en el modelo que denomina ecléctico, dentro de los sistemas centralizados. Entre los autores contemporáneos se detiene en los sistemas codificadores PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil...*, o. c., pp. 152-153.

<sup>26</sup> Muchos años después, en 1878, cerca ya el Código Civil, continúa la discusión entre ambos conceptos. ALLENDE SALAZAR escribe en ese año: «los partidarios de las legislaciones forales debemos con toda franqueza y toda energía declararnos enemigos de la Codificación civil si se quieren confundir dos cosas enteramente distintas, dos principios diametralmente opuestos, el de *unidad* y el de *uniformidad*. Aspiramos á la *unidad del Derecho español*, y la creemos realizable; combatimos la *uniformidad del Derecho español*, y la juzgamos imposible. Si por codificar nuestro Derecho civil se entiende reducir á unidad la legislación dispersa en multitud de Códigos de diferentes épocas y de diversas tendencias y en un sinnúmero de leyes contradictorias [...] reduciendo á un sólo cuerpo legal, á un Código, cada uno ó todos los sistemas civiles de nuestra patria [...] las provincias españolas y las legislaciones forales no podrán menos de aceptar y hasta de aplaudir una sábia reforma [...]. Mas, si, por el contrario, la codificación de nuestro Derecho civil, significa la uniformidad del mismo, el reducir á un solo sistema la rica y variada legislación española [...] si la codificación en suma significa el último golpe de la más exagerada centralización contra la libertad provincial y familiar, las provincias todas, y especialmente las que conservan venerandas instituciones, deben protestar...», en *Codificación Civil y Legislaciones Forales...*, o. c., pp. 212-213. Esta denuncia expresa está en los años de redacción del Proyecto de 1851 aún en estado latente, pues aún no se han ensayado modelos como el ecléctico, en el que se confiaba plenamente.

<sup>27</sup> La necesidad de diferenciar los conceptos de «unidad» y «uniformidad» fue puesta de relieve años después por DURÁN Y BAS quien afirmaba que la segunda no era necesaria para la existencia de la primera: «La unidad es la confluencia de diversos medios hacia un fin; la uniformidad, la identidad de los medios. La unidad sólo requiere que estos medios sean adecuados á la realización de aquel fin; la uniformidad exige además identidad y compás en el movimiento y en su aplicación». DURÁN Y BAS M.: *La codificación y sus problemas. Conferencias dadas en la Universidad de Barcelona en el curso 1888-1889*, Barcelona, 1889, Imprenta de Fidel Giró, p. 177. Esta confusión entre los términos de unidad y uniformidad también ha sido señalada por MIRABELL I ABANCO, A.: «Escoles jurídiques catalanes i codificació», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación

denota la falta de univocidad al referirse a los dos conceptos. Por eso, antes de examinar las modalidades de Código centralizado que se ofrecían a priori, conviene precisar qué entendemos por unidad y por uniformidad.

Por unidad entendemos la reducción de la variedad de Derechos a uno sólo plasmado en un texto legal; es decir, tras la reforma, en nuestro caso a través de la redacción de un Código civil, una ley, existirá una legislación común a todos los ciudadanos<sup>28</sup>. Por uniformidad entendemos homogeneidad; la legislación, una, no admitirá ante un hecho diversas opciones jurídicas.

La unidad significa un solo cuerpo legal y, sobre todo, una sola fuente de producción legislativa: las Cortes Generales. La uniformidad supone un paso más. Ya no es igualdad sino identidad; es decir, un único Código puede recoger varias normas sin otorgar preferencia por ninguna de ellas, simplemente como posibilidad de optar por un régimen u otro; o puede pretender la identidad, la misma regulación común para todos.

El sistema descentralizado –tantos Códigos como Derechos civiles vigentes– quedaba descartado por contrario al principio de unidad; en cuanto al sistema de leyes especiales, ni siquiera incidía en la tensión unidad-uniformidad, sino que la posponía, al proponer legislar las materias donde la uniformidad no se plantea como un conflicto. Las modalidades centralizadas variaban según su criterio y grado de uniformidad.

El sistema calificado de racionalista o de uniformidad ideal, según el cual el Código Civil debería redactarse conforme «al superior molde de los últimos principios y de las absolutas verdades de la ciencia jurídico-civil»<sup>29</sup> no llegó ni siquiera a plantearse. La atención a las circunstancias y a la tradición jurídica española se afirmó a través de todo el proceso de la codificación española (con mayor o menor éxito)<sup>30</sup>. Una segunda posibilidad consistía en trasplantar el Código Civil extranjero que resultase más idóneo para nuestro país, sistema que de hecho se siguió en algunos

de Profesores de Derecho Civil, *o. c.*, vol. II, p. 1409. El autor define la uniformidad «com a sistema per establir una legislació civil única, per mitjà del Codi civil, en base al dret Civil de Castella, tot prescindint de les altres legislacions civils territorials», mientras que por unidad entiende «sistema d'elaboració d'un Codi Civil únic però amb la conservació de les institucions civils pròpies dels Drets civils territorials». No compartimos exactamente la definición de uniformidad, pues a nuestro juicio es un sistema, un método y la definición propuesta se refiere también al contenido. Sería pues la definición de un código castellanizante, no sólo uniformista. Precisamente, el Proyecto de Código Civil de 1851 se declaró a sí mismo uniformista pero transaccional, si bien, como veremos, en la realidad terminó siendo castellanizante al no seguir la línea transaccional declarada.

<sup>28</sup> El debate, donde se confunden los términos «Derecho» y «legislación» no se plantea el futuro de otras fuentes del Derecho distintas de la ley.

<sup>29</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *La codificación civil en España...*, *o. c.*, pp. 14 ss.

<sup>30</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.: «La polémica de la Codificación: la Escuela Filosófica y la Escuela Histórica», en *Anales RAJL*, núm. 19, especial dedicado al centenario del Código Civil español, Madrid, 1988, pp. 63 a 109, quien destaca cómo no fue la escuela histórica la que introdujo el interés por las instituciones patrias, sino que éste existía antes de la famosa polémica entre las escuelas filosófica e histórica. Basta además leer a los contemporáneos del Proyecto de 1851, quienes afirman haber «superado» los excesos de ambas posiciones en favor, también aquí, de un saludable término medio.

países centroeuropeos que adoptaron el Código Civil francés; un tercer criterio posible era el elegir el ordenamiento vigente en el territorio de mayor extensión. Estos tres sistemas eran claramente centralizados, en el sentido de unidad, pero también uniformistas en grado sumo.

La opción denominada por los autores de la época como «ecléctica» es sin duda la que más adhesiones cuenta, a juzgar por las declaraciones de políticos y juristas de la época, hasta llegar a convertirse en un tópico: «consiste en el examen de todas las legislaciones civiles vigentes, y la adopción de la que estime más aceptable para organizar bajo su influencia, con carácter general para toda España, cada una de las instituciones, en cuanto sean compatibles entre sí los principios aceptados»<sup>31</sup>.

Esta opción sigue siendo uniformista, pero se entiende que ha precedido un análisis comparado, de manera que no es un Derecho el que se impone al resto sino que se adopta «lo mejor de cada legislación». Esta postura, defendida tanto en el Congreso como en el Senado, es algo utópica, ya que se refiere a las normas como «buenas» o «malas», sin tener presente que en ocasiones son las circunstancias las que determinan que una regulación sea la idónea para un determinado territorio. La definición de Sánchez Román apunta además otro problema: las instituciones, y por tanto sus respectivas regulaciones, están relacionadas unas con otras de manera que tienen que tener una coherencia, deben ser compatibles: la elección de la regulación de cada institución de entre las existentes se complica. El sistema se veía antes de llevarlo a la práctica y por los políticos más que por los juristas como un sistema conciliador; pero desde el punto de vista jurídico y técnico era imposible llevarlo a la práctica con buen fin.

El modelo ecléctico se aproxima a una opción que puede denominarse como transaccional y que consiste en la creación, en aquellos puntos en que los Derechos civiles divergían, de una norma común que resultase de la aproximación de las regulaciones de cada uno de ellos; de esta manera se pretendía evitar la imposición de un Derecho civil determinado al resto de los territorios.

Una última opción es la que defenderá Domingo Vila, miembro de la sección civil de la CGC, en la discusión de las bases generales en la Comisión, y que se puede llamar «mixta», al combinar unidad y diversidad: en el Código Civil se incluirían excepciones a la uniformidad de regulación en aquellas cuestiones concretas donde las normas fueran tan dispares que no pudiera llegarse a una norma común sin perjudicar a alguna de aquéllas. Con este sistema, determinadas normas de los territorios forales se incorporaban al Código Civil.

¿Cuál fue la opción de la CGC? La reflejada en la base tercera es una opción uniformista, pero no recoge ninguno de los sistemas descritos:

«El Código Civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales,

---

<sup>31</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *La codificación civil en España...*, o. c., p. 16.

no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aun las esperanzas creadas por las mismas legislaciones»<sup>32</sup>.

De lo que se trata no es de asegurar la subsistencia de los Derechos civiles existentes sino de los derechos adquiridos y las esperanzas creadas por ellos.

La base general tercera no estuvo exenta de polémica: al menos dos de los miembros de la CGC defendieron sistemas más flexibles o menos uniformistas. Y precisamente los dos eran miembros de la sección civil: Domingo Vila y Florencio García Goyena.

Vila fue el primer vocal que advirtió, apenas constituida la CGC, el peligro que una excesiva uniformidad podía suponer para la acogida del futuro Código Civil. El vocal catalán denuncia que la unidad de Códigos se está transformando en uniformidad. Esta equiparación, a su juicio, es peligrosa, por lo que debería añadirse a la base que establece dicha unidad la siguiente cláusula: «Respetando, en lo posible, las leyes y costumbres existentes»<sup>33</sup>. Esta cláusula constituye una novedad; ya no se trata sólo de escoger lo mejor de cada Derecho y generalizarlo, sino de incorporar excepciones a normas concretas en su aplicación a determinados territorios. El salto es cualitativo, aunque, en todo caso, moderado: las excepciones se limitarían a aquellos puntos, pocos, donde fue imposible alcanzar una regulación común sin perjudicar considerablemente a algún Derecho civil español.

Visto desde nuestra perspectiva, la negativa a recoger la adición de Vila supuso la pérdida de una oportunidad excepcional para dar al futuro Proyecto de Código Civil la flexibilidad que necesitaba. Al menos sirvió para demostrar que la idea generalizada de la selección de las «mejores» leyes de cada conjunto normativo no tenía en muchas ocasiones ningún sentido. La Comisión no aprobó esta opción, pero un año más tarde será el propio presidente de la sección civil quien plantee otra vez la necesidad de flexibilizar el sistema de codificación del Derecho Civil que se estaba llevando a cabo en la CGC.

Se perdió en esta discusión de las bases generales la primera ocasión para dar entrada a criterios de oportunidad política, tan escasos en la elaboración del Proyecto, y se optó por una interpretación más estricta de la noción de unidad consignada en la Constitución. En definitiva, se aprobó el texto de la base tercera.

La referencia a los «derechos adquiridos y esperanzas legítimas» de la base es vaga; es necesario acudir a la exposición de motivos redactada por García Gallardo, donde se explica que se procurará «no defraudar las esperanzas que ha hecho concebir á la generación presente la legislación especial bajo cuyo imperio ha nacido». Esta última exhortación era una declaración de buena voluntad más que un verdadero compromiso por la

<sup>32</sup> ACGC, sección organización, legajo 4, documento 65.

<sup>33</sup> *El Faro Nacional*, 27 de junio de 1852, pp. 401 a 408. La cita corresponde a la p. 402.

dificultad de arbitrar medidas reales para no defraudar tales esperanzas. Probablemente por eso, dirá García Goyena un año más tarde, al referirse a las esperanzas legítimas, «es una cosa tan vaga, tan indefinida é incomprendible, que no se ha llegado á fijar ni se fijará»<sup>34</sup>.

La segunda valoración crítica de la base la realiza García Goyena. La fuerza vinculante de las bases generales, derivada de su conexión con la Constitución, o, en palabras de la CGC, de su «roze y contacto con la ley política»<sup>35</sup> llevó a que el presidente de la sección de Código Civil, García Goyena, viera la reforma de la Constitución de 1837 —planteada a finales de 1844— como una oportunidad única de modificar el mandato de las bases generales, en concreto, de la base tercera a través de la modificación del texto constitucional: la concepción uniformista de la unidad de Códigos plasmada en la base tercera tenía como respaldo el carácter de norma constitucional de este principio<sup>36</sup>.

García Goyena solicitó la supresión del artículo 4 del nuevo texto constitucional de 1845, donde se recogía la unidad de Códigos<sup>37</sup>. Su propuesta es sorprendente, sobre todo si se tiene en cuenta que en el momento de producirse las bases del Código Civil han sido aprobadas y se está discutiendo el libro I. ¿Por qué defiende la supresión del carácter constitucional de la unidad de Códigos? Desde nuestro punto de vista —y aun cuando incurrimos en un juicio de valor— porque de su discurso se desprende el temor a un posible rechazo de un Código Civil como el que se estaba gestando: no ya único sino uniforme (conceptos que se mezclan en el debate parlamentario). Mantener el principio dentro de la Constitución supone dificultar una más que probable reforma de un Código Civil que no resuelve de forma correcta el problema de la diversidad de Derechos civiles españoles:

«Reflexiónese, señores, que se trata de una tercera parte de España, tal vez la más enérgica y poderosa, cuya legislación data, si no desde la caída de la Monarquía, al menos desde su restauración, y cuyos fueros están incrustados en los intereses de cuanto allí se respira; no vayamos á ponerles en un artículo de la Constitución el terrible lema que el Dante pone á la puerta del infierno: “¡Perded toda esperanza!” ¡Ojalá que mis temores sean vanos!, pero sin ser profeta, y aunque el don de la profecía no pruebe santidad, me atrevo á pronosticar graves males y peligros.

---

<sup>34</sup> DSS, legislatura de 1844-1845, sesión de 21 de diciembre de 1844, p. 156.

<sup>35</sup> Oficio del presidente de la CGC al secretario del despacho de Gracia y Justicia, fechado el 26 de septiembre de 1843, en *ACGC*, sección organización, legajo 4, documento 66.

<sup>36</sup> Sin embargo, HERNÁNDEZ GIL opina que la formulación del principio de unidad de Códigos incluido en las Constituciones de 1837, 1845 y 1856 era un «pronunciamiento predominantemente formal que no penetraba en el contenido material del derecho ni de los derechos», «La Comisión general...», *o. c.*, p. 601.

<sup>37</sup> «Pido al Senado se sirva acordar la supresión del artículo 4.º del proyecto de reforma, que está redactado en estos términos: “Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía”». *DSS*, legislatura de 1844-1845, sesión de 21 de diciembre de 1844, p. 155.



Se dirá que esta ley es nada más que sentar una base, que respeta los derechos adquiridos, y que atendido eso, no significa más que los nuevos Códigos no tendrán efecto retroactivo; pero aunque sea hablar de esperanzas legítimas, es una cosa tan vaga, tan indefinida é incomprendible, que no se ha llegado á fijar ni se fijará»<sup>38</sup>.

La alusión a la base general tercera es directa y su valoración contundente: la considera insuficiente. Su propuesta consiste en trasladar la unidad de Códigos a una ley «secundaria», con lo que en el caso de que la unidad suponga un obstáculo insuperable, se pueda modificar y la codificación siga adelante. Esta intervención de García Goyena sugiere varias reflexiones: en primer lugar, demuestra que al menos parte de la CGC era consciente de la posibilidad de crítica desde los territorios forales; en segundo lugar, que ésta constituía una minoría frente a quienes defendían la unidad de Códigos como un principio indiscutible. Y en tercer lugar, resulta paradójica la postura de García Goyena, que como presidente de la sección civil había participado en la adopción de unas bases del Código Civil que —como se verá más adelante— implicaban no ya una uniformidad transaccional o ecléctica sino una opción clara por la regulación castellana.

A pesar de estas primeras advertencias, todavía existía la convicción generalizada de la conveniencia de la unidad de los Códigos, y de la viabilidad del sistema unificador del Derecho civil español a través del sistema llamado ecléctico. Las pocas voces discrepantes vinieron de quienes eran testigos, mejor dicho, responsables del sistema de unificación que se estaba llevando a cabo.

La unidad de Códigos no levantó las protestas de los parlamentarios en 1845, pero también es cierto que eran diferentes los contenidos que daban unos y otros parlamentarios a la unificación del Derecho civil. Los miembros de la primera CGC, y en especial los de la sección civil, eran conscientes del margen de posibilidades que encerraba el mandato constitucional de unidad de Códigos; precisamente por eso, Vila denuncia la tendencia de la CGC hacia una equiparación entre unidad y uniformidad. Y quizá porque se utilizaba el precepto constitucional en la propia CGC como fundamento no ya de la unidad sino de la uniformidad, el presidente de la sección civil propuso la desaparición del mandato constitucional. Desde distintos puntos de vista, los dos discursos, el de Vila y el de García Goyena, reclaman la consideración de criterios políticos a la hora de abordar la codificación civil española: criterios de oportunidad, moderación, de equilibrio en las concesiones y de salvaguarda del orden público. La tendencia uniformista que se plasma en la base general tercera no recoge ciertamente estos principios, pero será en la redacción de las bases del Código Civil donde quedará evidenciada la falta de visión política de la CGC.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 156. El debate completo en el Senado se encuentra en las pp. 155 ss. El debate previo en el Congreso se encuentra en *DSC*, legislatura de 1844-1845, sesión de 15 de noviembre de 1844, pp. 261 ss.

### 1.2.2 Las bases del Proyecto de Código Civil

La CGC adopta a través de la base general tercera un sistema para llevar a cabo la unidad de Código Civil caracterizado por su uniformidad, aun cuando prevea medidas para hacer menos traumática la transición desde la variedad de Derechos civiles vigentes. Pero la base general tercera no establece los criterios que han de seguirse en la redacción del articulado del futuro Código Civil para conseguir con éxito dicha uniformidad; las líneas, los pilares de las instituciones van a plasmarse a través de las bases específicas del Código Civil.

La CGC trata de lograr el equilibrio dentro del texto único uniforme entre tres elementos que, referidos al Código Civil francés, han sido denominados como principios de originalidad, tradición y transacción<sup>39</sup>, principios que se manifiestan a su vez en este intento codificador. El primero de ellos representa el componente innovador, de cambio, que lleva consigo la codificación del Derecho civil español y en el que se manifiestan por medio de la influencia principal de la codificación francesa varios de los principios y valores revolucionarios que fueron recogidos, si bien atemperados, por los liberales españoles. La experiencia revolucionaria francesa tuvo un segundo efecto de signo contrario: los excesos de ésta provocaron el temor hacia las reformas excesivamente radicales, temor que se tradujo en una llamada a la prudencia y, al mismo tiempo, en la necesidad de enraizar las innovaciones en la tradición jurídica patria como señal de afirmación nacional. El tercer elemento, la transacción, responde más directamente al objetivo perseguido por la base general tercera, la atemperación del paso de la diversidad a la uniformidad del Derecho civil en un país donde eran varios e importantes los territorios regidos por Derechos civiles muy diferentes al castellano.

De los tres elementos, es en el reformador donde encontramos la mayor parte de las notas características del Proyecto, pues la prudencia y la transacción normalmente actúan como meros contrapesos y en no pocas ocasiones ceden ante los objetivos reformistas.

Al analizar los problemas y las soluciones que se plasman en las bases del Código Civil resulta inevitable hacer una referencia previa a la influencia de la experiencia codificadora francesa<sup>40</sup>. La doctrina es unánime al destacar el papel de modelo que el Código Civil francés ejerció en la

---

<sup>39</sup> Recoge esta clasificación, original de Laferrrière, DURÁN Y BAS, M. dentro de la conferencia leída ante la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona en 1869, titulada «El Derecho en las legislaciones civiles del siglo XIX», *El Derecho en el siglo XIX*, Barcelona, 1875, Imprenta de Federico Martí y Cantó, p. 62. Se hace eco de esta terna de caracteres VALLET DE GOYTISOLO, «La polémica de la codificación...», *o. c.*, pp. 72 a 73.

<sup>40</sup> *Vide* sobre este aspecto VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Influjo de la revolución francesa en el Derecho civil. Su incidencia en la codificación española», en *ADC*, tomo XLII, 1989, pp. 261 a 316. En este trabajo encontramos tendencias y principios que influirán en la codificación española, así como se evidencia la diferencia entre una codificación, la francesa, posterior o quizá mejor dicho conclusión de un período revolucionario y el intento codificador español que nos ocupa, anterior al proceso revolucionario en muchos aspectos y en parte por ello fracasado.

redacción del Proyecto de Código Civil de 1851, tal y como lo refleja el propio García Goyena al elaborar las concordancias de este último. Pero el articulado del Código Civil francés no fue el único texto que tuvieron en cuenta los miembros de la CGC. Además de las discusiones del Consejo de Estado, contamos con el discurso preliminar del Code, elaborado por Portalis y en el que la Comisión francesa recoge su pensamiento ante los puntos que considera de mayor interés; en dicho discurso, encontramos ciertas notas que nos hacen sugerir una probable influencia entre éste y la elaboración de las bases del Código Civil en la CGC española.

Dentro del discurso francés, las reflexiones que contiene son calificadas como «las principales bases de las cuales hemos partido en la redacción del proyecto de Código Civil»<sup>41</sup>. La relación de las instituciones tratadas es significativamente similar a la de las planteadas en las bases del Proyecto de Código Civil: la competencia legislativa en materia de celebración del matrimonio, el divorcio, la determinación de la filiación, la patria potestad, la mayoría de edad, la tutela, el domicilio, la ausencia, la naturaleza de los bienes, la libertad contractual manifestada en la libertad del pacto de intereses y en la ausencia de la rescisión por lesión, el registro y la hipoteca y la materia de sucesiones, centrada en la conveniencia o inconveniencia de la libertad de testar.

La influencia de la codificación francesa se manifiesta fundamentalmente en la línea innovadora, lo que implica la influencia de los principios revolucionarios que aquélla recoge atemperados y que por lo que se refiere al Derecho privado han sido concretados por Martínez Val en el individualismo, la igualdad y la secularización de las fuentes y los contenidos<sup>42</sup>.

Ante la necesidad de adecuar política, social y económicamente el Derecho civil a los postulados del sistema representativo y liberal, los redactores españoles acuden al Código Civil francés. Como señala acertadamente Vallet de Goytisoló<sup>43</sup>, en la codificación francesa se advierten manifestaciones de los principios revolucionarios de libertad e igualdad que más tarde influyen en la codificación española. Este autor destaca como manifestaciones del principio de libertad en la codificación francesa el laicismo de la sociedad que lleva a la secularización del matrimonio, y la desvinculación de la tierra; manifestaciones del principio de la igualdad en la equiparación, mucho menor que en tiempos de la Convención, de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, en el debilitamiento de la patria potestad y de la potestad marital, y en la abolición de los privilegios a través de una progresiva división de la propiedad. De estas manifestaciones, encontramos paralelismos en las bases del Proyecto español, aunque es cierto que con mayor moderación, en especial en lo referente a

---

<sup>41</sup> PORTALIS, J. E.: *Discurso preliminar del Código Civil francés*, traducción y prólogo de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1978, Ed. Edeval, p. 112.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ VAL, J. M.: «La revolución francesa y el Derecho privado», en *RGD*, vol. XLV, 2, 1989, p. 1855.

<sup>43</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Influjo de la Revolución francesa...», *o. c.*, pp. 269 ss.

la defensa de la familia y la autoridad paterna: la atribución de las causas de separación matrimonial a la jurisdicción civil, la reducción de la mayoría de edad, las medidas liberalizadoras de la propiedad, el establecimiento del sistema de legítimas amplias en todo el territorio son medidas en que encontramos reflejos de los principios revolucionarios franceses.

Estas manifestaciones conforman uno de los tres principios que Vallet de Goytisoló<sup>44</sup> denomina con el término «originalidad» y que nosotros hemos calificado como el principio reformador. Junto a éste, los codificadores franceses aplican los principios de la tradición y la transacción. Respecto al primero, la comisión francesa modera de forma significativa los excesos de la Convención por medio de la invocación de la prudencia a la hora de reformar el derecho tradicional. El segundo principio es en realidad el instrumento con el que lograr una aspiración revolucionaria: la superación de la división normativa en el Derecho privado francés, entre «le droit écrit» y «le droit coutumier». Ambos principios resultan familiares al examinar las bases del Proyecto de Código Civil.

Respecto del principio de la tradición, de la prudencia en la reforma, es interesante destacar cómo la experiencia francesa influyó de forma contradictoria en nuestro país. Por una parte alienta la reforma del Derecho civil y la introducción de principios de igualdad, de mayor libertad individual, de laicismo; pero por otra parte, los excesos revolucionarios provocan en nuestro país una actitud precavida ante los cambios, como se manifiesta en los informes que se elevarán sobre el Proyecto. Mientras la Comisión codificadora francesa presenta su Código Civil como una respuesta templada frente a las exigencias revolucionarias<sup>45</sup>, en España, donde no se ha vivido una revolución social para lo que habrá que esperar a 1868, las manifestaciones de los principios revolucionarios que recoge el Proyecto de 1851 a través del *Code* francés y aún más diluidos que en éste, serán considerados en muchas ocasiones como peligrosos y excesivos.

La introducción de novedades provoca en la sociedad española prevención y cautela. Puede citarse por ejemplo el consejo dado desde el *Eco del Comercio* a propósito de no introducir más cambios que los estrictamente necesarios. De ahí que el segundo principio de actuación, que actúa como contrapeso del principio reformador sea el principio de la

---

<sup>44</sup> Quien a su vez, se apoya en Laferrière, «Influjo de la Revolución francesa...», *o. c.*, p. 282.

<sup>45</sup> A este respecto, se manifiesta Portalis en dos sentidos; por una parte, muestra la necesidad de una revolución como requisito previo para poder abordar una reforma del Derecho privado en profundidad pero por otra parte considera imprescindible que la fase revolucionaria se haya sustituido por una fase de tranquilidad política y social para poder concluir con éxito la codificación del Derecho civil. *Discurso preliminar...*, *o. c.*, pp. 28 y 29. Ninguna de las dos premisas se cumple en la época en que se redacta el Proyecto de Código Civil español de 1851: ni la transformación de la propiedad ha sido suficiente, ni se ha conseguido un avance significativo en las libertades individuales, ni se encuentra el país en 1851 con un Gobierno estable y lo suficientemente fuerte como para respaldar una reforma de tal envergadura.

prudencia, de la conservación; ante el peligro de una normativa revolucionaria, una llamada a la prudencia y a la tradición jurídica patria<sup>46</sup>. Expresión de la búsqueda de este difícil equilibrio entre tradición e innovación fue una de las directrices que sin llegar a concretarse en una base fue adoptada por la CGC: «no innovar sino en caso de evidente utilidad o necesidad». Esta advertencia se recuerda a lo largo de todo el comentario de García Goyena al Proyecto, quien muestra un especial interés en presentarlo como un Código prudente, moderado; para ello recurrirá insistentemente a la legislación histórica castellana, especialmente al Fuero Juzgo, para calificar cada modificación legislativa como una vuelta a la genuina tradición española. Así, en su prólogo a las *Concordancias...* advierte que «algunas de lo que al pronto parecen innovaciones, copiadas de Códigos extranjeros, tales como el *acortamiento de la mayor edad, la patria potestad de la madre en defecto del padre y otras*, no son sino la primitiva y pura legislación española, consignada en nuestros Fueros antiguos, y algunos de ellos hoy vigente»<sup>47</sup>.

Junto a estos dos criterios generales el tercero de los elementos de equilibrio es la transacción (entendida ésta aquí en sentido amplio, incluyendo el eclecticismo). Este tercer principio surge como respuesta a un problema de la codificación civil española<sup>48</sup>. La consecución de la unidad legislativa entendida como uniformidad tal y como se desprende del estudio de la base general tercera, origina la adopción, al menos formalmente, del criterio transaccional entre los Derechos civiles españoles vigentes. Ésta resulta especialmente interesante tratándose de la elaboración del Proyecto de Código Civil de 1851 y viene expresada en el siguiente oficio de la sección, fechado el 31 de octubre de 1843, es decir, en plena elaboración y discusión de las bases del Código Civil:

«La Sección que tengo el honor de presidir —escribe García Goyena— al ir examinando todas las materias que debe abrazar el Código Civil para acordar las bases mas capitales de éste, ha considerado *la necesidad de conciliar en cuanto sea posible las disposiciones de las*

---

<sup>46</sup> El discurso preliminar de Portalis llama en varias ocasiones a la prudencia y a la conveniencia de conservar en lo posible la «experiencia del pasado y de esa tradición de buen sentido, de reglas y de máximas que ha llegado hasta nosotros» (p. 31); es necesario ser sobrio en la introducción de novedades pues éstas no cuentan con el respaldo de la experiencia, «hay que mantener lo bueno, si lo mejor es dudoso» (p. 32) o más adelante, al declarar que «No hemos renunciado sino a aquellas (leyes) cuyo espíritu ha desaparecido ante otro espíritu, cuya letra no es más que fuente cotidiana de controversias interminables y que repugnan tanto a la razón como a nuestros actuales modos de vida» (p. 53)

<sup>47</sup> GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, cuatro tomos, Imprenta de la sociedad Tipográfico-Editorial. (La cursiva es suya). Reimpresión en Barcelona, 1973, Ed. Base y en Zaragoza, 1974, a cargo de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza con nota preliminar de Lacruz Berdejo. La cursiva es suya.

<sup>48</sup> El criterio transaccional también aparece como uno de los objetivos declarados en la redacción del Código Civil francés. PORTALIS dirá en su discurso: «Siempre que nos ha sido posible conciliar sus disposiciones o modificar las unas por las otras sin romper la unidad del sistema ni herir el espíritu general, hemos hecho, si se nos permite expresarnos así, una transacción entre el Derecho escrito y el consuetudinario.» *Discurso preliminar...*, o. c., p. 54.

*legislaciones forales con la de Castilla, siguiendo en esto un principio ya acordado por la comisión general; y ha creído también conveniente indagar si en algunas de las provincias se observan sobre cualesquiera de las materias de derecho civil ó especialmente sobre alguna determinada, ciertos usos ó disposiciones particulares que se desvíen esencialmente del derecho común, ó que merezcan ser examinados para su adopción ó abolición en el nuevo código»<sup>49</sup>.*

En esa misma fecha la sección solicita al presidente de la CGC que pida informes a Audiencias y Colegios de Abogados de diferentes provincias sobre materias concretas y los puntos cualesquiera que ellos juzguen necesario tratar.

La transacción será el punto en que falle fundamentalmente la CGC. Si en la discusión de la base tercera son Vila y en parte García Goyena a través de su intervención en el Senado quienes alertan de la necesidad de conciliar los intereses y las normas que los rigen, en el debate de las bases del Código Civil y en general a través de la elaboración del articulado el objetivo transaccional quedará relegado unas veces en favor de la prudencia a la hora de reformar y otras en beneficio de los objetivos del pensamiento liberal, fundamentalmente los económicos. Únicamente se conocen las tímidas propuestas de García Goyena en sede de sucesiones para suavizar el tránsito de los territorios forales a la nueva legislación de inspiración fundamentalmente castellana.

De los tres criterios, el reformador era esencial al movimiento codificador por lo que no era necesario explicitarlo. En cambio, la CGC formuló los otros dos criterios: la prudencia a la hora de introducir cambios y transacción entre los Derechos civiles españoles. Estos dos criterios fueron expresamente recogidos años más tarde en el Congreso jurídico de 1863, cuando el Proyecto ya se había frustrado, en gran medida, por no haberlos seguido. En este sentido, la aportación del Congreso no consistió tanto en la novedad de sus conclusiones, sino más bien la manifestación expresa de la voluntad real y no sólo formal de abordar los problemas de la codificación civil española con el propósito de resolverlos y no de evitarlos como en cierta medida se tendió en la elaboración del Proyecto de Código Civil de 1851<sup>50</sup>.

Las cincuenta y tres bases definitivamente aprobadas por la CGC<sup>51</sup> pueden agruparse en tres apartados: en primer lugar, las bases relativas al

<sup>49</sup> ACGC, sección organización, legajo 4, documento 86. La cursiva es nuestra.

<sup>50</sup> Junto al valor del cambio de actitud, el Congreso simboliza además el resurgimiento del debate doctrinal que requería la codificación española y que en realidad surgió, en buena medida, a partir de la discusión del Proyecto de Código Civil de 1851.

<sup>51</sup> En el ACGC se pueden consultar, además de las bases aprobadas definitivamente, las propuestas por la sección civil, objeto de estudio en la tesis doctoral a la que pertenece este trabajo. Aquí se reproducen únicamente las primeras:

«- Base 1.<sup>ª</sup>: El Código se compondrá de tres libros, de los cuales el primero trata de las personas; el segundo de las cosas y el tercero de los modos de adquirir, transmitir y perder el dominio.

- Base 2.<sup>ª</sup>: La ley no reconoce como legítimo el matrimonio, sino (*sic*) está celebrado con arreglo á los canones admitidos en España, ó que en adelante se admitieran, sin

## Derecho de familia, con una dedicación especial al matrimonio. El segundo grupo lo forman las bases «económicas», relacionadas con la propie-

perjuicio de que se determine lo conveniente sobre los contraidos por Estrangeros ó por Españoles con Estrangeros.

– Base 3.<sup>a</sup>: La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningun tribunal civil ni eclesiástico admitirá demanda sobre ellos.

– Base 4.<sup>a</sup>: Las condiciones que las leyes establezcan como esenciales en el matrimonio deben concurrir para que este produzca los efectos civiles tanto con referencia á los esposos como á los hijos.

– Base 5.<sup>a</sup>: La capacidad para casarse se mantendrá como está en la actual legislación, pero entendiéndose que hasta la edad que se determine no podrá contraerse matrimonio sin licencia de los padres ó tutores, la cual no podrá ser dispensada en ningún caso.

– Base 6.<sup>a</sup>: La declaracion de nulidad del matrimonio es privativa de la jurisdiccion eclesiastica.

– Base 7.<sup>a</sup>: La autoridad civil conocerá de las causas de divorcio en cuanto á la separacion del talamo y vida conyugal.

– Base 8.<sup>a</sup>: Se admite la legitimacion por subsiguiente matrimonio y no de otro modo.

– Base 9.<sup>a</sup>: El padre ó la madre podran reconocer al hijo ilegítimo que hubiere sido procreado cuando la persona por quien es reconocido se hallaba en aptitud de casarse. Este reconocimiento dará al hijo el derecho de llevar el apellido y recibir alimentos del padre ó madre que lo hubiera reconocido, y de los dos, si por ambos se hiciere el reconocimiento hallandose en las circunstancias espesadas. Por punto general no se permitirá investigacion sobre la paternidad ni maternidad, salvas las escepciones que se establezcan en el Código.

– Base 10.<sup>a</sup>: Se conservará la adopción.

– Base 11.<sup>a</sup>: El padre ejerce un poder templado sobre la familia, y corrige á los que la componen con intervencion judicial cuando la correccion salga de lo que ordinariamente basta para hacer respetar la autoridad paterna.

– Base 12.<sup>a</sup>: A falta del padre, la madre ejercerá la autoridad paterna sobre los hijos: salvas las restricciones que se establezcan.

– Base 13.<sup>a</sup>: El mayor de diez y ocho años consintiéndolo podrá ser emancipado por su padre.

– Base 14.<sup>a</sup>: El emancipado por el padre entra en el pleno goce de todos los derechos civiles.

– Base 15.<sup>a</sup>: La emancipacion de los padres se realizará por escritura pública que se presentará al ayuntamiento del lugar del domicilio del padre.

– Base 16.<sup>a</sup>: La menor edad concluirá á los veinte años.

– Base 17.<sup>a</sup>: La mayoría de edad produce de derecho la emancipacion.

– Base 18.<sup>a</sup>: El hijo de familia mayor de veinte años no deberá obtener el consentimiento paterno para enagenar bienes raíces ni para contraer préstamos, pero sí para celebrar matrimonio hasta que cumpla los veinte y tres años siendo varon.

– Base 19.<sup>a</sup>: La autoridad del tutor ha de durar tanto como la menor edad, es decir, se reconoce solo la tutela y no la curaduría.

– Base 20.<sup>a</sup>: Se admitirá el Consejo de familia en la forma y para los casos que determine el Código.

– Base 21.<sup>a</sup>: No se admite la tutela oficiosa.

– Base 22.<sup>a</sup>: No se admitirá en ningun caso la restitucion in integrum, en favor del menor incapacitado ni ausente.

– Base 23.<sup>a</sup>: Se prohíbe á las manos muertas toda adquisicion de bienes inmuebles sin esceptuar los establecimientos de hospitalidad, de beneficiencia y de instruccion pública.

– Base 24.<sup>a</sup>: Los establecimientos de beneficiencia é instruccion publica podran adquirir con licencia del gobierno capitales de censo y acciones sobre cualquiera empresa.

– Base 25.<sup>a</sup>: La propiedad artística é industrial se regirá por leyes especiales.

– Base 26.<sup>a</sup>: La capacidad por razon de edad para hacer testamento se mantendrá como está en la actual legislacion.

– Base 27.<sup>a</sup>: No se admiten los fideicomisos en general ni tampoco las disposiciones testamentarias que tienen por objeto dejar á alguno todos los bienes ó parte de ellos

dad y el tráfico en sentido amplio: aunque abarque un conjunto heterogéneo de bases, responden todas ellas a las necesidades de un mercado libe-

---

para que los aplique al uso, fin ó destino que reservadamente le hubiere encomendado el testador.

- Base 28.<sup>a</sup>: Se admite la sustitucion vulgar.
- Base 29.<sup>a</sup>: Los padres en su testamento pueden dar sustituto en los bienes de su libre disposicion para el caso en que el instituido muera antes de la edad en que goce de la testamentifaccion.
- Base 30.<sup>a</sup>: Cualquier pariente ó estraño puede instituir heredero ó donar sus bienes á un impúbero con la condicion de que si muere dentro de la edad en que no puede hacer testamento pasen aquellos á otra persona.
- Base 31.<sup>a</sup>: No se admite la sustitucion ejemplar.
- Base 32.<sup>a</sup>: El padre tendrá la facultad de desheredar á sus hijos por las justas y graves causas que designará el Código. Los hijos del desheredado por causa justa y probada entraran sin embargo en el lugar y derechos que al padre le hubieran correspondido.
- Base 33.<sup>a</sup>: Se permitirá la desheredacion de los padres por los hijos en algunos casos graves y mas raros que los que se admitieren respecto de la desheredacion de los hijos.
- Base 34.<sup>a</sup>: Se admitirá la desheredacion del conyuge en los casos que designará el Código.
- Base 35.<sup>a</sup>: Habra legitima de descendientes y sin perjuicio de la que á los hijos corresponda podrá tambien el padre mejorar en una porcion de ella á los mismos hijos y descendientes y disponer de otra parte de sus bienes en favor de estraños.
- Base 36.<sup>a</sup>: Habra legitima de ascendientes.
- Base 37.<sup>a</sup>: No habra legitima en linea colateral.
- Base 38.<sup>a</sup>: Habra legitima de los conyuges entre si sin distincion de que sean ricos ó pobres.
- Base 39.<sup>a</sup>: El consorte viudo que contrajere segundo matrimonio ó ulterior matrimonio estará obligado á reservar para los hijos del anterior y en defecto de estos para los descendientes que tengan derecho á heredarlos la propiedad de todos los bienes que haya adquirido del conyuge difunto por sucesion testamentaria ó intestada, por legitima, donacion ó cualquier otro titulo lucrativo.
- Base 40.<sup>a</sup>: Se conservará la sucesion de los descendientes legitimos como se halla en la actual legislacion sin perjuicio de la legitima acordada para los conyuges.
- Base 41.<sup>a</sup>: Los ascendientes sucederan á falta de los descendientes legitimos segun la proximidad de su grado con exclusion de los colaterales, y sin perjuicio de la legitima del conyuge. Los ascendientes iguales en grado sucederán por lineas y no in capita.
- Base 42.<sup>a</sup>: No se admitirá en la sucesion intestada de ascendientes ni de colaterales el principio de la troncalidad.
- Base 43.<sup>a</sup>: Los conyuges sucederán entre si en concurrencia con los hijos y con los padres en la porcion que determine el código.
- Base 44.<sup>a</sup>: En la sucesion intestada no escluirán los conyuges á los colaterales.
- Base 45.<sup>a</sup>: En todo negocio convencional la cantidad convenida entre partes por razon de interes de deudas cualquiera que sea aquella tendrá validez en derecho civil.
- Base 46.<sup>a</sup>: No se fijará en el codigo la cantidad del interes legal. El gobierno publicará el dia 1.º de Diciembre de cada año el que haya de regir para el siguiente y en su defecto regirá el que hubiere señalado el año anterior.
- Base 47.<sup>a</sup>: No se reconocerá accion rescisoria por lesion cualquiera que esta sea en ninguno de los contratos.
- Base 48.<sup>a</sup>: Quedará abolido el retracto gentilicio ó de sangre.
- Base 49.<sup>a</sup>: Se conservara el retracto de comuneros en las fincas indivisibles sin perjuicio de establecer las reglas y restricciones convenientes para no dejar incierto el libre ejercicio del dominio.
- Base 50.<sup>a</sup>: No se reconocerá accion hipotecaria sino sobre finca ó fincas determinadas y en virtud de toma de razon en el registro publico.
- Base 51.<sup>a</sup>: Lo dispuesto en la base anterior se estenderá á las cargas que modifiquen ó limiten la propiedad salvo las escepciones que determine el código.
- Base 52.<sup>a</sup>: Para que produzcan efecto los títulos constitutivos ó traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razon de bienes rai-



ral y a su concepto de propiedad. En estos dos grupos la influencia renovadora se manifiesta especialmente, con lo que tanto la tradición como la transacción ceden ante el laicismo, la reducción de la autoridad paterna y sobre todo ante la liberalización de la propiedad y la protección del tráfico, es decir, ante el principio reformador. Un tercer y último grupo lo forman las bases relacionadas con el Derecho sucesorio, donde también resulta perjudicada la transacción en favor esta vez de la tradición jurídica (castellana) y de los postulados económicos liberales. Hay que advertir que esta clasificación es en parte arbitraria ya que las instituciones están relacionadas entre sí tanto entre las bases de familia y las de sucesiones, como entre éstas y las «económicas».

La regulación de las instituciones familiares revela prácticamente la mayor parte de las líneas directrices del Proyecto de Código Civil de 1851; es con gran probabilidad la más polémica dentro de la discusión de la CGC y, junto con la materia de sucesiones, la que atrajo críticas generalizadas una vez publicado el Proyecto. De ahí la importancia de las bases que lo fundamentan, más si tenemos en cuenta que se trata de bases donde se produjeron vivas polémicas.

La regulación del sistema matrimonial establecida por el Proyecto y sus consecuencias en el ámbito de las competencias normativas y jurisdiccionales constituyeron uno de los más graves obstáculos para la aprobación del Proyecto de Código Civil debido a la rotunda oposición de la Iglesia católica, la cual centró su crítica en su regulación matrimonial. Esta vino marcada por las bases que, tras un intenso debate, fueron adoptadas por la CGC en otoño de 1843 y que en lo fundamental pasaron al texto definitivo del Proyecto.

Las bases sobre matrimonio<sup>52</sup> responden a dos grupos de factores opuestos y que, en la medida en que se trataron de conciliar, dieron lugar a unas bases contradictorias y contraproducentes. El primer grupo está compuesto por dos elementos: una tendencia secularizadora, laica, que parte de la consideración del matrimonio como una realidad en la que se superponen el contrato y el sacramento como facetas que son separables, a lo que hay que añadir una segunda tendencia, la regalista, que se traduce no ya en la separación sino en la invasión por el legislador civil dentro de las competencias canónicas, lo que ocurrirá en materia de esponsales de futuro. El segundo grupo se compone también de dos elementos. En primer lugar, las consideraciones de conveniencia, de conciliación res-

---

ces en el registro público; y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva á los títulos de adquisición anteriores á la publicación del código.

— Base 53.<sup>a</sup>: Se admite la prision por deudas entendiendose por via de apremio. »

<sup>52</sup> Estudia las bases, además de los diferentes manuscritos del Libro I del Proyecto en lo referente al matrimonio, CRESPO DE MIGUEL, L.: *La secularización...*, o. c. Este autor sigue la clasificación de los manuscritos de Lasso Gaité y, por lo que se refiere a las bases sobre el matrimonio aprobadas por la primera CGC las estudia dentro de lo que denomina «Anteproyecto de 1843» en las pp. 193 a 203.

pecto a la Iglesia católica. Se pretendía secularizar el matrimonio sin atraerse la oposición de la Iglesia ni el recelo de la población mayoritariamente católica. Si estas consideraciones no eran fácilmente compatibles con las concepciones laicista y regalista de al menos parte de la CGC menos lo eran con el segundo elemento: la confesionalidad del Estado, si bien es verdad que en el momento de aprobarse las bases estaba aún vigente la Constitución de 1837, menos tajante en su confesionalidad que la posterior de 1845<sup>53</sup>. El resultado de combinar todos estos elementos no pudo ser más desafortunado: no se llegó a establecer el matrimonio civil, obligatorio u opcional (que hubiera sido lo coherente con sus argumentos teóricos) sino que se consagró el matrimonio religioso obligatorio, pero con requisitos civiles para su eficacia. Para mayor confusión, una base otorga la competencia en materia de nulidad a la jurisdicción canónica y en materia de separación a la jurisdicción civil de forma exclusiva en ambos casos. Por último, otra de las bases no sólo prohíbe los esponsales de futuro en el ordenamiento civil sino también en el canónico. La combinación de estas bases dio como resultado uno de los puntos negros del Proyecto.

Las bases reguladoras del matrimonio fueron respetadas en la redacción final del Proyecto lo que expresa, en primer lugar, la aceptación de las ideas que subyacen en aquellas por parte de los miembros de la primera CGC y de la sección civil de la segunda CGC.

Las ideas que marcan las bases son varias y no siempre compatibles: en primer lugar y de manera preeminente, una concepción laicista del matrimonio en la que la dimensión contractual y la dimensión sacramental aparecen claramente diferenciadas, lo que se traduce en la distribución de competencias tanto normativas como jurisdiccionales; en segundo lugar, una cierta desconfianza hacia la Iglesia católica a la que se considera que se ha excedido históricamente en sus atribuciones, lo que se refleja en la tendencia a aumentar la intervención de los tribunales civiles en todo aquello que no afecte directamente a la existencia del vínculo matrimonial. En tercer lugar, los responsables de las bases pretenden seguir una línea moderada pero teniendo como punto de partida una concepción laicista del matrimonio; si a esto unimos el talante regalista de García Goyena, reconocido por él mismo, y la intervención de vocales progresistas en un clima no especialmente favorable a la Iglesia en el momento de la discusión de las bases, puede comprenderse fácilmente

---

<sup>53</sup> Esta contradicción no se produce en la legislación francesa, punto de referencia constante de la CGC pues en este país la secularización del matrimonio había sido una consecuencia de la libertad de cultos y como expresará Portalis a propósito de la admisión del divorcio, «los ciudadanos pueden profesar religiones distintas, pero las leyes tienen que ser para todos» y un poco antes «Tanto cuanto la religión católica ha sido dominante en Francia, tanto cuanto las instituciones religiosas han estado inseparablemente unidas a las civiles, era imposible que la ley civil no declarase indisoluble un compromiso considerado tal por la religión, que, a su vez era una ley del Estado, pues es de todo punto necesario que reine la armonía entre los principios que gobiernan a los hombres.» *Discurso preliminar...*, o. c., p. 67.

cómo la moderación pretendida era relativa. El resultado final será el de una regulación ambigua en su relación con la canónica a la que en algunas ocasiones invade. Los redactores de las bases, con ideas muy definidas acerca de la competencia civil en materia matrimonial, no se atrevieron a desarrollarlas con todas sus consecuencias. A cambio, dictaron bases como la prohibición de los esponsales de futuro en las que se interfería en cuestiones de exclusiva competencia canónica. La exasperación que produjeron éstas y otras medidas en la Iglesia católica de 1851 será de mucha mayor trascendencia si cabe al haberse aprobado poco antes el Concordato con la Santa Sede, una de las mayores aspiraciones de los moderados, en un claro ejemplo de la paradójica relación de los liberales españoles con la Iglesia católica.

En las bases del Derecho de familia aparecen otros elementos como la tensión entre la autoridad paterna y la libertad personal, con concesiones para ambas. En general, el Proyecto será aplaudido por las medidas que refuerzan la patria potestad mientras que será criticado por aumentar el margen de libertad de los hijos de familia. El individualismo del Proyecto aparece más claramente en las bases que regulan las relaciones paterno-filiales.

La autoridad paterna queda disminuida principalmente a través de la reducción de la edad necesaria para alcanzar la mayoría de edad, momento en que el hijo sale de la patria potestad salvo en el caso del consentimiento paterno necesario para contraer matrimonio, limitado a los varones menores de veintitrés años.

Junto a la disminución de la autoridad paterna destaca el acercamiento de la madre, muy relativo, al ejercicio de la patria potestad. Las dos innovaciones responden al talante reformador, si bien la segunda puede interpretarse además como un acercamiento a las regulaciones forales donde la situación jurídica de la madre estaba más protegida que en Castilla. Las tendencias son una vez más de diverso talante: conservadora en materia de filiación extramatrimonial, más progresista en tanto reduce la mayoría de edad y admite, siquiera subsidiariamente, la patria potestad materna.

Será la base que establece la mayoría de edad a los veinte años y por tanto, la que otorga una mayor libertad a los hijos, la que encuentre una mayor oposición al someterse el Proyecto a información pública. La sociedad española demostrará en esta ocasión un talante más conservador, tradicional, que el recogido en el texto propuesto por la CGC.

Los criterios conservadores y transaccionales aparecen en menor medida. La línea conservadora se manifiesta en la protección de la filiación legítima con una restricción de los derechos de los hijos ilegítimos superior incluso a la de los Derechos vigentes y también la encontramos en algunas de las posiciones debatidas a propósito de la patria potestad materna y de la mayoría de edad.

En cuanto al criterio transaccional no parece que la CGC lo tuviera especialmente presente; de hecho, las bases se aproximan a los Derechos

no castellanos en la mejora del papel de la mujer en el ejercicio de la patria potestad así como en la reducción de la mayoría de edad, pero tales reformas responden más a criterios más generales de justicia en el primer caso y al de mayor libertad personal en el segundo.

El siguiente grupo de bases se agrupa en torno a la concepción económica liberal del Proyecto. Si la revolución liberal se articula a través de la instauración de un nuevo régimen político y de la transformación de la sociedad, esta última se desdobra en dos procesos sintetizados en «el hecho de adaptar la sociedad a una nueva concepción del individuo y de la propiedad»<sup>54</sup>. La transformación de la propiedad territorial se convierte en marco y objetivo a la vez de los intentos codificadores del Derecho privado. El proyecto de Código Civil de 1851 se inserta dentro del proceso de transformación de una propiedad territorial vinculada, amortizada y sujeta en muchos casos a un régimen señorial, a una propiedad libre, individual y plena. Este proceso de transformación atraviesa su fase central y principal precisamente durante los años previos a la elaboración del Proyecto, años 1836 a 1843<sup>55</sup>. El proceso transformador actúa como marco pero se manifiesta a su vez en el contenido del Proyecto.

El Proyecto de Código Civil de 1851 ha sido unánimemente calificado por la doctrina como decididamente liberal en materia económica. El contenido económico de éste se basa en un concepto de propiedad acorde con la corriente liberalizadora comenzada décadas atrás por medio de medidas contra los señoríos, mayorazgos y amortización de la propiedad territorial. El Proyecto encaja en este proceso revolucionario marcando, a través de sus bases, principios básicos de una concepción liberal de la propiedad y del mercado. La revolución liberal en el plano económico que se va desplegando en nuestro país viene dada, entre otros elementos, por la implantación progresiva de un derecho patrimonial civil (y mercantil) basado en el principio dispositivo, en la propiedad privada y no ya señorial, en el principio de igualdad y en la libertad del tráfico, todos

---

<sup>54</sup> MALUQUER DE MOTES, C.: «El Código Civil o la codificación...», *o. c.*, p. 1028.

<sup>55</sup> La abolición del régimen señorial, aun cuando contó con algunos antecedentes en el s. XVIII, se llevó a cabo por medio del Decreto de las Cortes de 6 de agosto de 1811 y las leyes de 3 de mayo de 1823 y de 26 de agosto de 1837 que en definitiva consolidaron la propiedad de los señores; la desvinculación de los mayorazgos se abordó por la Ley de 11 de octubre de 1820 derogada y repuesta en agosto de 1836 que disponía que el titular actual pudiese enajenar la mitad de los bienes vinculados y su sucesor, el todo; la Ley de 19 de agosto de 1841, por su parte, declaró válida cualquier enajenación de un bien vinculado. Finalmente, la desamortización se llevó a cabo en tres etapas, de las cuales en 1843 se habían completado dos: una primera bajo Carlos IV y la segunda, llamada «desamortización de Mendizábal», por medio del Real Decreto de 19 de febrero de 1836 dedicado a la desamortización de bienes del clero regular y de la Ley de 29 de julio de 1837 destinada a los bienes del clero secular. Quedaba por llegar la tercera etapa, que afectaría a los bienes propios y comunes de los municipios, llevada a cabo por Madoz en 1855. Sobre este proceso, TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia...*, *o. c.*, pp. 403 ss; del mismo autor, «La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen», *Historia de España de Menéndez Pidal*, vol. XXXIV, La era isabelina y el sexenio democrático (1834-1874), Madrid, 1981, Espasa Calpe, pp. 143 a 193.

ellos elementos que constituyen lo que se ha denominado la «constitución económica negativa» del período liberal<sup>56</sup>.

Son bases pertenecientes al Libro III las que revelan la concepción económica de la CGC a través de los objetivos que persiguen, siempre entrelazados: la consolidación de la propiedad como un derecho pleno, libre e individual sobre la cosa; la seguridad en el tráfico jurídico imprescindible para favorecer el crédito y con él la economía del país y finalmente, favorecer la libertad contractual.

Estos objetivos y las bases que se aprobaron para alcanzarlos tenían un precio: para consolidar la propiedad dividida en más de una mano era preciso sacrificar derechos adquiridos pues dicha consolidación era vista como una necesidad urgente; la seguridad jurídica prima en muchas ocasiones sobre la justicia material como en el caso de la rápida prescripción positiva de los bienes hurtados o robados y, en fin, la libertad de pacto abre la puerta a posibles abusos de la parte más poderosa. El proceso de elaboración de estas bases presentó alguna polémica y se saldó con la victoria de la posición de la Comisión, más purista en sus planteamientos liberales. Las bases, sin embargo, fueron atemperadas en la redacción del articulado lo que no impediría ni las críticas de quienes consideraron abusivas las reformas ni las de quienes las creyeron insuficientes.

El resto de las bases, nada menos que dieciocho, están dedicadas a la materia sucesoria. Este dato revela por sí solo la preocupación e importancia que le concede a esta cuestión la CGC. En la materia de sucesiones se concentraba el mayor número de divergencias entre los Derechos civiles españoles que, además, por responder a principios y valores distintos e incluso opuestos, contenían diferencias difícilmente conciliables.

La CGC era consciente, como vimos al tratar la elaboración de las bases generales, de hallarse en uno de los principales retos del Proyecto al enfrentarse a la redacción de una única legislación para todos los territorios. Por la base general tercera ya se había decidido adoptar un sistema uniformista; es decir, no se admitirían varias opciones para regular una situación jurídica, tal y como propuso Vila, sino que se establecería una sola norma común para todos.

Ahora bien, queda aún un margen considerable. En las discusiones sobre la uniformidad del Proyecto se había aludido continuamente a la selección «de lo mejor de cada legislación», a un criterio transaccional como medio de conciliar los intereses de todos los españoles. Es en las bases, y en especial en las bases sobre sucesiones, donde la CGC tiene la primera oportunidad para demostrar cuál es su verdadera opción: si optar por el Derecho civil castellano, si tratar de adoptar un punto intermedio entre éste y el resto de los Derechos civiles o bien extender determinadas instituciones forales o castellananas a la totalidad del país o, incluso, la combinación de estas posibilidades.

---

<sup>56</sup> MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ, A.: «Autonomía económica liberal...», *o. c.*, p. 52.

Las bases se ocupan tanto de la sucesión por testamento como de la intestada. Las líneas de fondo que se traslucen en las bases hereditarias son un compendio de las ya vistas en las anteriores y pueden agruparse en dos categorías: por un lado, los objetivos y valores de índole moral y sociológico donde sobresalen la reducción de la autoridad paterna especialmente respecto a los territorios que pierden libertad de testar; correlativamente, se fomenta una mayor independencia en los hijos de familia. Se presume que la voluntad del causante se rige por la cercanía del parentesco en lugar de por la procedencia de los bienes, aunque esta razón enlaza ya con las económicas.

Los criterios económicos liberalizadores influyen poderosamente en la adopción de unas u otras bases. La invocación a la necesidad de liberalizar la propiedad respalda prohibiciones como las del retracto, troncalidad, usufructo foral, etc. La propiedad plena y libre se protege hasta el punto de limitar al máximo cualquier institución que pueda, simplemente, concentrar unos bienes determinados en unas manos, es decir, en una familia. El temor a nuevos «pseudo mayorazgos» se traduce en la desaparición de la libertad de testar o la prohibición de las sustituciones fideicomisarias. La protección del comercio prevalece sobre otras consideraciones como la protección a la empresa familiar, la oportunidad política de la desaparición de la mayoría de las instituciones forales que marcaban peculiaridades sociales y económicas en muchas ocasiones influidas por las características de cada territorio. En definitiva, frente a la protección del patrimonio familiar, las bases tienden a la protección y consolidación del patrimonio de sus individuos.

Una tercera línea de actuación aparece más que en las bases, en las discusiones de éstas entre la sección y la Comisión. La idea de transacción subyace en las discusiones de las bases de herencia. Ahora bien, la voluntad de transacción entre los ordenamientos civiles españoles quedó de hecho diluida en las discusiones y reducida a una declaración de intenciones. La unidad de Códigos fue utilizada, por ejemplo y de manera expresa en la discusión sobre libertad de testar o establecimiento de legítimas, como excusa para optar por una regulación concreta, la castellana. En relación con el intento de transacción es reveladora, a nuestro juicio, la inconcreción de las bases sobre legítimas y porciones ab intestato. Como ya sugerimos en su momento, la CGC parece que prefirió dejar establecidos los pilares, tal vez por no llegar a un acuerdo acerca de puntos concretos. Por esta razón cobra interés la discusión del desarrollo de estas bases en el articulado.

En cualquier caso, tras las bases acordadas el 7 de marzo por la Comisión se hace realmente difícil comprender el debate que promovió el presidente de la sección civil, García Goyena, ante el Senado. Sin embargo, la explicación podría estar, precisamente, en la discusión en la CGC donde las discrepancias y la regulación finalmente castellanizante auguraban un futuro incierto para el Código Civil que se estaba redactando. El intento de García Goyena de eliminar la unidad de Códigos del texto

constitucional es un signo evidente de su preocupación, pero sus propuestas, aun siendo tímidamente transaccionales en algunas cuestiones, no llegan a ser coherentes con su exposición ante el Senado.

Conviene recordar finalmente que cuando aún no se había comenzado la discusión de las primeras bases en la Comisión, la sección civil solicita al presidente de la CGC que pida informes a Audiencias y Colegios de Abogados de diferentes provincias sobre materias concretas y los puntos cualesquiera que ellos juzguen necesario tratar. Esta petición concuerda poco con lo definitivamente aprobado en las bases, sobre todo en materia de sucesiones. En todo caso, revela al menos la intención (salvo que fuera una mera declaración de buenas intenciones o una fórmula de «cortesía») de confrontar los diferentes ordenamientos civiles. Y también revela que el Derecho castellano ya era el punto de partida, sobre el que se introducirían, en su caso, «ciertos usos o disposiciones particulares».

Del conjunto de valores y tendencias vistas en éste y en los anteriores epígrafes puede concluirse la preponderancia del elemento innovador en las bases del Código Civil frente a unos débiles intentos transaccionales y un cierto efecto moderador del principio conservador, del elemento de prudencia a la hora de innovar. Estas tres líneas, apuntadas en las bases, se reflejan en distinta intensidad en el articulado definitivo del Proyecto a través de sus notas características:

En primer lugar, el laicismo y el regalismo del Proyecto. La tendencia a separar el Derecho canónico del Derecho civil es una característica no sólo del Proyecto de Código Civil de 1851 sino del proceso codificador civil español en su conjunto. Ya el Proyecto de Código Civil de 1821 preveía una legislación más radical en materia de matrimonio, moderada en el siguiente intento codificador<sup>57</sup>. El Proyecto de Código Civil de 1851 constituye un episodio más en la polémica acerca del sistema matrimonial, episodio que cobra una especial importancia por la tajante reacción que suscitó en las instituciones eclesiásticas. Tras el fracaso del Proyecto llegará la revolución de 1868 y en la Constitución que de ella resulta se basa la Ley de Matrimonio Civil de 1870<sup>58</sup>. Años después, en la exposición que elevó a las Cortes Alonso Martínez acompañando el Anteproyecto de Código Civil de 1882, además de señalar que en la solución al tema del matrimonio «se respetan y acatan, como es debido, el sentimiento religioso y las tradiciones católicas de la Nación española», reconoce que el título del matrimonio es responsabilidad del Gobierno por no querer llevar a la Comisión de Códigos «un problema que podría dividir y

---

<sup>57</sup> Analiza estos dos Proyectos de Código Civil en relación a la regulación del matrimonio, CRESPO DE MIGUEL, L.: *La secularización...*, o. c.

<sup>58</sup> Sobre estos años CASANOVAS MUSSONS, A.: «La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888. Su incidencia en la codificación civil», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 433 a 494.

encender los ánimos y convertirse en una verdadera manzana de la discordia»<sup>59</sup>. Finalmente, no es casualidad que en las bases del Código Civil de 1889, tras establecer como modelo el Proyecto de 1851, a continuación se establezca una base en la que se regula la cuestión del sistema matrimonial y que es resuelta no por la Comisión General de Codificación sino por el Consejo de Ministros, tras negociar con la Santa Sede<sup>60</sup>.

La regulación del Proyecto respecto a la Iglesia católica es fundamentalmente ambigua debido a la combinación de una ideología secularizante y de unos criterios de conveniencia o políticos que se traducen en unas medidas en algunos puntos regalistas en la que sin atribuir exclusivamente instituciones como el matrimonio o el Registro civil bien a la competencia estatal bien a la canónica, se declara teóricamente la de la primera para, a partir de ahí, *conceder* ciertas competencias a la Iglesia. Desde ese carácter de concesión, los redactores del Proyecto de Código Civil justifican su intervención en materias de competencia canónica. La respuesta de la Iglesia será, como veremos, la más dura de las emitidas sobre el Proyecto. A esto hay que añadir que parte del malestar de las autoridades eclesiásticas españolas se debió no ya al articulado sino a los comentarios de García Goyena en sus *Concordancias...* texto manejado por la mayoría de críticos contemporáneos al Proyecto.

En segundo lugar, caracteriza al Proyecto una visión de la familia más cercana a la concepción moderna de ésta, al alejarse de la concepción tradicional de la familia como un grupo social amplio sujeto por una fuerte autoridad paterna. En este sentido se distancia fundamentalmente del concepto familiar tradicional de los territorios forales y se aproxima a un concepto más «urbano» de familia. Frente a la familia en la que los hijos se hallan estrechamente vinculados a la economía y a la autoridad familiar, el Proyecto, por medio de la reducción de la edad necesaria para alcanzar la mayoría de edad, de las facilidades para emanciparse que se les da a los hijos solteros y por la regulación de la sucesión *mortis causa*, concede una importante autonomía a los hijos de familia. La familia sin dejar de estar protegida, en cuanto se privilegia a la filiación legítima frente a la ilegítima (hoy extramatrimonial), cede parte de su fuerza en favor de la libertad de sus individuos, mejor dicho, de los hijos. El legislador tiene presente al individuo tanto en su dimensión personal, como hemos visto en la regulación del disenso paterno, como en el económico; el patrimonio no se ligará tanto a la conservación del poder económico de la familia sino que considera que pertenece a sus miembros individualmente considerados. La concepción de la propiedad como un derecho libre e individual tendrá una importancia vital en la regulación sucesoria

---

<sup>59</sup> «Exposición a las Cortes del Ministro Alonso Martínez con motivo de presentar el Proyecto de 1882» recogida por Peña Bernaldo de Quirós en el estudio preliminar a «El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888), *Centenario de la Ley del notariado, sección cuarta, Fuentes y Bibliografía*, vol. I, Madrid, 1956, Instituto Editorial Reus, pp. 55 a 58, nota 1.

<sup>60</sup> DE LOS MOZOS en su Introducción a *El Código Civil ...*, o. c., p. 54.



y por tanto en la configuración de la familia. A esto hay que añadir la mejora de la situación del viudo en los territorios regidos por el Derecho castellano ante la sucesión de su cónyuge así como la de la madre al permitirle el ejercicio de la patria potestad subsidiariamente al del padre.

En definitiva, el Proyecto recoge un modelo familiar alejado de los modelos entonces vigentes, tanto castellano como forales. De estos últimos recoge ciertas influencias con lo que podríamos hablar de una cierta transacción entre los Derechos civiles en este punto. Sin embargo, y como ya dijimos al tratar las bases sobre el Derecho de familia, las evidentes razones de justicia de una mejor normativa en favor del viudo o viuda así como la de una mayor participación de la mujer en el gobierno de la familia, hacían que la sociedad del siglo XIX sometida al Derecho castellano exigiese esta reforma sin necesidad de acudir al argumento transaccional.

La protección de los derechos individuales de los hijos frente a una tradicional patria potestad muy amplia produjo, como veremos, una de las más unánimes protestas contra el Proyecto, desde todos los territorios.

El liberalismo económico del Proyecto constituye su tercer elemento configurador, y se manifiesta básicamente a través de su concepción y promoción de la propiedad entendida como un derecho pleno, libre e individual <sup>61</sup>. Esta característica fundamental del Proyecto ha sido recientemente destacada tanto por los civilistas como por los historiadores del derecho. Coinciden unos y otros en calificar al Proyecto como un instrumento incluido en la serie de medidas transformadoras de la propiedad que llevó a cabo la atípica revolución liberal española. A este respecto señala Maluquer de Motes cómo una de las razones, hasta hace pocos años relegada a un segundo plano, del retraso y dificultad del proceso de la codificación española fue precisamente el haberse desarrollado inoportunamente, «por cuanto éste no debía iniciarse hasta no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la Revolución liberal, a saber: el derecho de propiedad y las libertades fundamentales de la persona» <sup>62</sup>. Esta reflexión, útil no sólo para el aspecto económico del Proyecto, puede ayudarnos a comprender la regulación económica del Proyecto por cierto más moderada conforme fue siendo discutido su texto.

Por último, caracteriza al Proyecto su uniformismo castellanizante, o dicho de otro modo, el fracaso de la transacción como medio de uniformar los Derechos civiles españoles. Por una parte, la protección de los derechos adquiridos, a través del principio de irretroactividad, no despejará las dudas que surgirán inmediatamente con motivo de dos puntos del Proyecto: la retroactividad de la regulación de los censos enfitéuticos y la declaración expresa de las capitulaciones matrimoniales; esta última provocará

---

<sup>61</sup> Artículo 391 del Proyecto: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que previenen las leyes ó reglamentos». Artículo 392: Ninguno será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización.»

<sup>62</sup> MALUQUER DE MOTES, C.: «La codificación civil en España...», *o. c.*, p. 1085. Más recientemente ha insistido en esta cuestión en «El Código Civil o la codificación...», *o. c.*

la incertidumbre acerca de la validez de los testamentos. Por otra parte, el Proyecto abandonó conscientemente la protección de las esperanzas legítimas, a excepción de la disposición transitoria en materia de capitulaciones matrimoniales. Y finalmente, el criterio de transacción cedió en el articulado final en favor del Derecho castellano. A pesar de algunas normas transaccionales en materia sucesoria, se parte del Derecho castellano para introducir, en un segundo momento, pequeños correctivos.

Las novedades del Proyecto provocan desigual aceptación en el momento de someterse a la información pública y algunas de ellas se convierten, como se verá a continuación, en auténticos obstáculos para su promulgación como Código Civil.

### 1.3 LA DECISIÓN DE SOMETER EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL A INFORMACIÓN PÚBLICA

El Proyecto fue elevado al Ministro de Gracia y Justicia, Ventura González Romero, el 5 de mayo de 1851 junto con un oficio de Luzuriaga en el que además de recodar la participación de vocales de la primera CGC comunica la existencia de la obra de García Goyena que comenta el Proyecto<sup>63</sup>.

Poco después, el Ministro en lugar de presentarlo a las Cortes para su discusión tal y como pretendía su antecesor en el Ministerio, Arrazola<sup>64</sup>, opta por someterlo a información pública a través de la Real Orden de 12 de junio de 1851<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> «Exmo. Sr.

La sección del Código Civil formada con arreglo al artículo 1.º del Real Decreto de 11 de septiembre de 1846 se dedicó desde luego á discutir y aprobar cada una de las disposiciones que comprende esta obra. En toda ella ha procurado dirigirse por los principios que acordó la Comisión general creada en 19 de agosto de 1843 y suprimida en 31 de julio de 1846; y ha tenido presentes las discusiones habidas y los trabajos hechos por los SS. D. Manuel Cortina, D. Manuel Perez Hernandez, D. Domingo Ruiz de la Vega, D. Manuel de Seijas Lozano, D. Domingo Vila, D. Manuel García Gallardo, D. José de la Peña y Aguayo, D. Manuel Ortiz de Zúñiga, D. Cirilo Álvarez y D. Tomás M.<sup>a</sup> Vizmanos. Sin perder de vista estos antecedentes la actual seccion compuesta de los que suscriben ha formado el proyecto de Código Civil que tengo la honra de pasar á manos de V. E. Con esta ocasion creo que tengo el deber de manifestar á V. E. que simultáneamente con el código ha formado el Sr. D. Florencio García Goyena una obra que contiene la historia, el examen comparado y los motivos de cada uno de los arts., interpretando y resolviendo en el espíritu de las mismas algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en su aplicación. Esta interpretación y resoluciones pueden considerarse auténticas por haberse hecho previa discusion y con aprobación de la sección.

Dios gde. á V. E. muchos años. Madrid, 5 de mayo de 1851. » Oficio de Luzuriaga al Ministro de Gracia y Justicia por el que entrega el Proyecto de Código Civil ACGC, sección organización, legajo 5, documento 77.

<sup>64</sup> Así se expresaba Arrazola cuando como Ministro de Gracia y Justicia pide a la CGC que manifieste el estado de sus trabajos ya que pretende «que se presenten todos ellos (Proyectos de Código Civil y de procedimiento civil y criminal) á la aprobación de las Cortes en la próxima legislatura», oficio de 22 de octubre de 1850, ACGC, sección organización, legajo 5, documento 55.

<sup>65</sup> Real Orden de 12 de junio de 1851. *Colección legislativa de España*, tomo LIII, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1851, pp. 265-267.

La Real Orden recalca la continuidad del Proyecto respecto del Derecho vigente, llegando a asegurar que se trata casi más de una recopilación que de una codificación al haberse limitado sus redactores a «redactar clara y sencillamente, con notables mejoras, las disposiciones dispersas en diversos cuerpos legales nacionales, decidiendo y aclarando muchos puntos oscuros ó controvertibles y destruyendo los abusos y malas prácticas introducidas en el foro por las vicisitudes de los tiempos».

No es la posible importancia de las innovaciones, que de hecho se minimizan en esta Real Orden, sino la importancia social de las instituciones afectadas la que constituye la primera razón para someter a información pública el Proyecto ya que «es siempre de suma trascendencia toda obra de esta clase, porque sus disposiciones afectan esencialmente las relaciones entre la familia y el orden social, la de las familias mismas y los particulares entre sí, reglando lo tocante á las transacciones y á los derechos é intereses privados de todos». Aparecen aquí dos conceptos claves a lo largo de las críticas enviadas al Ministerio de Gracia y Justicia: «familia» y «orden social», conceptos que vienen expresados a lo largo de la mayoría de los informes en estrecha relación ya que la protección y estabilidad de las familias se considera la garantía de la paz social.

La repercusión podría decirse «social» de las innovaciones en materia de familia y sucesiones no era la única razón de ser de la Real Orden: estas dos materias son además los puntos donde divergen de manera más acusada los Derechos de los territorios nacionales. El temor a una resistencia, por cierto no sólo de los hasta entonces sujetos a Derechos no castellanos, es la segunda razón esgrimida: «la existencia de fueros, legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no sólo en determinados territorios de la monarquía que en otro tiempo formaron Estados independientes, sino también en no pocos pueblos pertenecientes á provincias en que por lo general se observan los Códigos de Castilla, aumenta considerablemente las dificultades que siempre ofrece la publicación y ejecución de todo Código General». Éstas son por lo tanto las dos fuentes de preocupación del Gobierno: la reacción ante las innovaciones en materia de familia y ante la desaparición de la diversidad de Derechos hasta entonces vigentes.

La publicación del Proyecto para someterlo a la información pública pretende prevenir posibles conflictos por medio de dos objetivos inmediatos: en primer lugar, que «se ilustre y prepare la opinión», es decir, que se realice un sondeo de opinión sobre su aceptación. En segundo lugar, que «se reúnan los datos y conocimientos generales y locales» con el fin de introducir en el Proyecto las mejoras de que aún pueda ser susceptible, «tanto en la parte esencial y permanente, como para efectuar convenientemente el tránsito de la legislación provincial ó local á la nueva, en los puntos que lo exige, garantizando cuanto sea dable los derechos adquiridos». Este segundo considerando sugiere varias reflexiones: junto con la referencia general a la mejora en la parte «esencial y permanente», de lo que se trata expresamente es de proteger los derechos adqui-

ridos de forma suficiente, sin que exista una alusión a un mayor grado de transacción o a la introducción de excepciones a la uniformidad; por otra parte, el propósito de reunir los «datos y conocimientos generales y locales» es tan vago y tan amplio que induce a pensar que se trata de una indeterminación deliberada con el fin de impedir, de una forma indirecta, la promulgación del Proyecto. Así, la doctrina de forma generalizada califica a la medida de dilatoria, de recurso para paralizar la aprobación del Proyecto. Apoya esta calificación la reserva que la misma Real Orden otorga al Gobierno para «presentar á las Cortes los proyectos oportunos sobre determinadas materias de notoria conveniencia ó que no ofrezcan graves obstáculos y dificultades para su aplicación general».

Esta afirmación, sin dejar de ser cierta porque de hecho su efecto fue el de paralizar la publicación de la obra, puede ser matizada si se tienen en cuenta algunos datos:

En primer lugar, es oportuno recordar que la publicación y solicitud de informes a las Audiencias, Colegios de Abogados y Facultades de jurisprudencia constituía si no una práctica habitual, sí una de las medidas normales u ordinarias. Este sistema había sido sugerido ya en 1809 cuando se solicitan informes sobre los medios de reformar el Derecho Civil<sup>66</sup>. Durante la elaboración del Proyecto se había acudido en más de una ocasión a las Audiencias y Colegios de Abogados pidiendo su parecer<sup>67</sup>. También otros Códigos (bien es cierto que una vez publicados y con vistas a su reforma) fueron sometidos a la crítica de las Audiencias. Sin ir más lejos, por una Real Orden de 16 de abril de 1851, el Ministerio de Gracia y Justicia había enviado un cuestionario con cuarenta y seis preguntas sobre el Código Penal de 1848 con el fin de reformarlo y acallar las críticas que se le venían haciendo desde diversos medios. Éste es un dato que puede resultar interesante si tenemos en cuenta la coincidencia en el tiempo. El Código Penal apenas puesto en práctica había sido reformado en 1850 y un año después se pretendía una segunda revisión. Presentado el Proyecto de Código Civil por estas fechas, tal vez se optó por prevenir una prematura reforma, adelantando la crítica a su promulgación. En esta línea se encuentra un artículo publicado en *El Faro Nacional* en noviembre de 1852 en el que bajo el título «Informes sobre el Código Civil» y tras dar noticia de la elevación de varios informes sobre el Proyecto se lee: «Entre tanto no parece que el Gobierno se ocupa (*sic*) por ahora muy activamente de la promulgacion de este Código, y el pulso con que se procede en materia tan grave y trascendental nos parece tanto mas digna de elogio, cuanto que, *merced á él, podrá evitarse que*

---

<sup>66</sup> Dentro de las respuestas a esta petición señala GIBERT que «el sometimiento de los trabajos preparatorios a dictámenes públicos y privados, antes de la intervención decisiva de las Cortes, es varias veces aconsejado», «La codificación civil...», *o. c.*, p. 910.

<sup>67</sup> La primera vez nada más comenzar su trabajo la primera CGC, con el objeto principal de tener presentes las especialidades forales de sus respectivos territorios; y por cierto, hubo quien prefirió esperar a la redacción de un texto completo para emitir su opinión. En 1848 vuelven a ser consultadas las Audiencias en materia de hipoteca y registro público.

*nuestra legislacion civil pase por las vicisitudes y trastornos que ha experimentado la legislacion penal durante los últimos cuatro años transcurridos»*<sup>68</sup>. Y dos años después, la misma revista aconseja al Gobierno que tenga presente lo ocurrido con el Código Penal antes de «derribar el edificio de nuestras antiguas leyes civiles, sustituyéndolo con un nuevo Código que á los pocos años de publicado sienta sobre sí, como el penal, la mano de una y otra reforma, y arrastre una existencia desautorizada y enferma; y sobre todo, le suplicamos encarecidamente que no incurra de nuevo en el grave desacierto de realizar esta innovacion sin tener dispuesto de antemano el Código de procedimientos civiles»<sup>69</sup>. Esta última petición también se repetía por entonces y pudo ser otro de los motivos para paralizar la promulgación del Proyecto.

En segundo lugar, la convicción de la importancia de la repercusión social de una reforma del ordenamiento civil, tal y como se reconoce en la Exposición de motivos de la Real Orden de 12 de junio, demuestra el interés por prevenir posibles conflictos y rechazos del Proyecto de Código Civil en su conjunto. Es decir, un Proyecto aceptable en su mayor parte, corría el peligro de ser rechazado por la regulación de determinadas materias polémicas. Esta era, creemos, una de las razones por las que el Gobierno se reservaba la posibilidad de presentar proyectos parciales.

Por otra parte, resulta extraño que el Gobierno presidido por Bravo Murillo, presidente a su vez de la CGC y concretamente de la sección del Código Civil, tuviera decidida la paralización del Proyecto de Código Civil desde el momento en que éste fue elevado al Gobierno. Es cierto, sin embargo, que su Ministerio se encuadraba dentro del ala más conservadora del partido moderado gobernante y que el Proyecto regulaba ciertas instituciones, en especial el matrimonio, de acuerdo con una ideología muy diferente. Cómo aceptó Bravo Murillo, presidente de la sección civil responsable del Proyecto, la regulación del matrimonio es algo difícilmente comprensible.

También es interesante recalcar el panorama político que rodea la presentación del Proyecto. El partido moderado lleva varios años en el poder, ha sufrido graves crisis y desgastes y se enfrenta a los últimos años de mandato. El Gobierno de Bravo Murillo, al que se califica de tecnócrata, consiguió importantes mejoras pero su intento de reformar la Cons-

<sup>68</sup> *El Faro Nacional*, 1852, de 11 de noviembre, p. 964. La cursiva es nuestra. La noticia completa dice así: «Segun nuestras noticias, la mayor parte de las Audiencias, algunos Colegios de Abogados, universidades y funcionarios públicos, ya del estado eclesiástico, ya de la administración de justicia, han remitido, y continúan remitiendo al Gobierno luminosos informes sobre el proyecto del Código civil, conforme á la invitacion que les fue hecha por el señor Ministro de Gracia y Justicia. Los títulos de matrimonio y esponsales, del consejo de familia, de los contratos, especialmente de los censos, y de las prendas ó hipotecas, parecen ser, entre otros, de los que mas han llamado la atencion de los informantes, habiendose ocupado de los primeros algunos señores obispos y prelados de la Iglesia, y de los ultimos, los funcionarios de la administracion de justicia, en especial los escribanos. Entre tanto...».

<sup>69</sup> «De nuestros propósitos en 1854», editorial de la revista, firmado por PAREJA DE ALARCÓN: *El Faro Nacional*, 1854, núm. 257, de 1 de enero, p. 3.

titución de 1845 le valió su caída en el mismo año en que se presenta el Proyecto de Código Civil. Los años durante los cuales se somete el Proyecto a crítica son años de creciente debilidad de los Gobiernos, que se suceden augurando el fin de la etapa moderada<sup>70</sup>. La inestabilidad política no era el mejor marco para la aprobación de un Código polémico, introductor de graves reformas en el Derecho Civil del país, en definitiva un Código que hubiera necesitado un Gobierno fuerte. Con la llegada de los progresistas al poder en 1854 el Proyecto, visto como un producto de la década moderada, tampoco contará con el apoyo suficiente.

Otro dato, éste de detalle, es el corto plazo otorgado por la Real Orden para la remisión de informes: hasta el 1 de enero de 1852, aunque es cierto que hubo de ser prorrogado por la demora de las Audiencias en redactar sus informes. De hecho y tras el período de informes, en octubre de 1853 se encarga expresamente a la segunda CGC la «esposicion de las reformas convenientes en los Códigos penal y civil en vista de los informes de las Audiencias y Colegios de Abogados del Reino»<sup>71</sup>. La orden insta la rapidez del trabajo a fin de «verlos sometidos á la aprobación de las Cortes y convertidos en leyes»<sup>72</sup>. La CGC reaccionó inmediatamente y en lo que se refiere al Proyecto de Código Civil «D. Florencio García Goyena y el que suscribe (Luzuriaga) formarán la sección de Código civil para hacer en este proyecto las reformas necesarias, ayudados por el secretario de la Comisión»<sup>73</sup>. Pocos meses después la CGC es suprimida al considerar el Gobierno «concluidos los principales trabajos»<sup>74</sup>. Cuando en febrero del año siguiente se nombra una comisión encargada entre otras cosas de la revisión del Proyecto de Código Civil ya no serán llamados ni Luzuriaga ni García Goyena<sup>75</sup>. En la Real Orden que la crea se afirma entre otras cosas que la formación del Código Civil «no era tan urgente, ni tan necesaria, ni de utilidad tan reconocida ni con tanto empeño reclamada por la opinión» como la penal, además de la constatación de la existencia de instituciones propias en los territorios forales que «han debido de ser la causa de que se hayan presentado obstáculos poderosos».

Por último hay que recordar que la CGC se había mostrado contraria a la discusión de los Proyectos de Código Civil en las Cortes con lo que la

<sup>70</sup> CÁNOVAS SÁNCHEZ, F.: *El partido moderado, o. c.*, pp. 493 ss.

<sup>71</sup> Real Orden de 14 de octubre de 1853. ACGC, sección organización, legajo 1, carpeta 9, documento 42. Un mes más tarde, por Real Decreto de 18 de noviembre de 1853 se facultaba al Ministro de Gracia y Justicia para «publicar como tal el Código Civil discutido y aprobado por la Comisión, con las reformas que, oyendo á la misma, juzgue conveniente introducir», ACGC, sección civil, legajo 15, bloque 1, carpeta 6, hoja 2. De esta facultad nunca más se supo.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> ACGC, sección organización, legajo 1, carpeta 9, documento 43.

<sup>74</sup> Exposición del Real Decreto de 18 de agosto de 1854 por el que se suprime la segunda CGC. ACGC, sección organización, legajo 1, carpeta 11, documento 45.

<sup>75</sup> Real Orden de 21 de febrero de 1855. Forman esta comisión Seijas, Gálvez Cañero, Ruperto Navarro Zamorano, Nicolás M.<sup>a</sup> del Rivero, Pedro Sabau e Isaac Núñez Arenas. ACGC, sección organización, legajo 1, carpeta 14, documento 47.

información pública podía venir a suplir, en cierta manera, la discusión del articulado por los parlamentarios con la de los técnicos del Derecho.

Teniendo en cuenta todos estos datos, la valoración de la Real Orden de 12 de junio, como una medida enfocada a impedir la publicación del Proyecto como una decisión definitiva, podría matizarse. La medida se enmarca en un contexto formado por varios elementos. El Código Penal estaba siendo revisado por las Audiencias Territoriales y Colegios de Abogados. Presentado el Código Civil al Ministerio de Gracia y Justicia, ante la dificultad de su discusión en las Cortes, por una parte, y la importancia de la reforma por otra, era previsible que se optara por una medida preventiva. Es decir, se trataba de evitar el mayor número de imperfecciones técnicas y de reformas polémicas. Por esta doble razón se somete a información no sólo de las instituciones jurídicas como Audiencias o Colegios de Abogados, sino que se abre a toda la sociedad.

La Real Orden sin duda trasluce la preocupación del Gobierno ante la reacción de la sociedad frente a una reforma profunda del Derecho Civil; sin negar que la intención del Gobierno fuera establecer un plazo dilatorio pudo tratarse *a priori* de una fase más de la elaboración del Proyecto, fase en la que el Gobierno esperaba detectar y corregir los puntos que resultasen más comprometidos. Con esta teoría cobran mayor importancia los informes que se enviaron cumpliendo con lo previsto en la Real Orden de 12 de junio de 1851. La reserva de la Real Orden se entendería entonces como la facultad del Gobierno para adelantar la promulgación de la legislación sobre materias no polémicas, a la espera de corregir los puntos conflictivos del Proyecto.

Antes de continuar con el análisis de la crítica contemporánea conviene hacer unas advertencias previas:

En primer lugar, sobre el objeto del estudio: se analizan los informes que se enviaron al Ministerio de Gracia y Justicia hasta octubre de 1853 (salvo alguna excepción en los informes de los particulares). Son éstos los que lo enjuician como verdadero Proyecto de Código Civil; es decir, no pretenden elaborar una alternativa al Proyecto, sino corregirlo. Son también los enviados a la CGC para que fueran tenidos en cuenta al revisarlo. A estas observaciones se añaden las críticas doctrinales de conjunto que se publicaron alrededor de esos años.

En segundo lugar, este análisis planteaba la cuestión del criterio desde el cual clasificar la crítica y analizarla. Por una parte, cabe clasificar y analizar los informes desde el punto de vista de sus autores; esta clasificación tiene dos ventajas: permite conocer la valoración global del Proyecto por parte de cada sujeto con lo que es más fácil discernir hasta qué punto su crítica constituye un obstáculo o una sugerencia constructiva en favor del perfeccionamiento del Proyecto. A esto hay que añadir que dicho criterio identifica los sectores sociales que reaccionan frente al Proyecto así como permite establecer rasgos característicos en cada uno de ellos.

El segundo criterio clasificatorio no sigue los sujetos sino el objeto de la crítica. Dentro de un estudio *del* Proyecto, resulta interesante clasificar la crítica por las materias de las que se ocupa, labor que descubre sus puntos negros, siempre referidos a esos años y de cara a su influencia en el abandono del Proyecto.

Ambos puntos de vista resultan complementarios y enriquecen el análisis. De acuerdo por tanto con lo expuesto, se estructura el estudio en razón de los sectores sociales que se implican en la crítica del Proyecto y dentro de cada uno de ellos se señalan las materias que presentan como conflictivas, las razones alegadas y, en su caso, las alternativas que se ofrecen.

#### 1.4 LA RESPUESTA A LA REAL ORDEN DE 12 DE JUNIO DE 1851

Los informes, tanto oficiales como particulares, fueron llegando al Ministerio. La respuesta no fue todo lo entusiasta que cabía esperar de una nación de la que se aseguraba que anhelaba profundamente un Código Civil. La Real Orden de 12 de junio de 1851 estaba dirigida a distintas categorías de destinatarios: la primera distinción debe hacerse entre los informes rogados y las meras invitaciones a expresar una valoración crítica<sup>76</sup>. Los primeros son los informes solicitados a los Tribunales, Fiscalías y a los Colegios de Abogados. Dentro de éstos, están expresamente vinculados los tribunales de la jurisdicción llamada común, esto es Tribunal Supremo y Audiencias Territoriales y sus correspondientes Fiscalías, a quienes se envió junto con la Real Orden un ejemplar del Proyecto con la obligación de enviar un informe; junto a ellos, el decanato y el Fiscal del Tribunal especial de las órdenes militares.

La distinción entre informes enviados por propia iniciativa y por mandato expreso del Ministerio es clara: por un lado, revela la mayor importancia que concede el Gobierno a la opinión de los tribunales, coherente con la composición de la CGC en la que predominan los magistrados. Por otro, los informes «voluntarios» manifiestan el interés de sus autores en dejar constancia de su crítica. Junto a estos informes existieron otros foros donde se produjeron críticas al Proyecto: la doctrina utilizó las revistas jurídicas para dar su opinión sobre el texto propuesto. La paralización de la codificación civil dejó durante muchos años como punto de referencia para las propuestas de la doctrina el articulado del Proyecto de Código Civil de 1851, con lo que la crítica doctrinal a éste en sentido amplio termina coincidiendo en gran medida con el trabajo doctrinal hasta la publicación del Código Civil. Este trabajo se limita a los trabajos que, por razón de su proximidad en el tiempo al Proyecto y por su carácter de crítica global pueden ser asimilados a los informes que se remitieron en cumplimiento de las Reales Órdenes de 12 de junio de 1851 y de 1 de enero de 1852.

---

<sup>76</sup> La distinción la pone de manifiesto también SALVADOR CODERCH, P.: *La Compilación...*, o. c., p. 72.



Esta última Real Orden alargó el plazo hasta octubre de 1853. El día diecinueve de ese mes el Ministerio de Gracia y Justicia remite al Vicepresidente de la CGC, García Goyena, «las esposiciones e informes que acerca del Proyecto de Código Civil han elevado á S. M. los Tribunales Superiores de la Nación, algunas corporaciones científicas, Prelados, y otros funcionarios en particular á fin de que obren en esa Comisión que V. E. dignamente preside los efectos prevenidos en la Real Orden que se le dirigió por este Ministerio en 14 del actual»<sup>77</sup>. La relación de informes enviados es sensiblemente menor que la relación de entidades interpeladas<sup>78</sup>, lo que no deja de ser reseñable.

El índice<sup>79</sup> de los informes efectivamente enviados comprende los siguientes:

A) «Tribunales»: el Tribunal Supremo de Justicia<sup>80</sup>, el Tribunal de la Rota y las Audiencias Territoriales de Barcelona, Canarias, Granada, Mallorca, Oviedo, Pamplona, Sevilla, Valencia y Zaragoza.

B) «Corporaciones»: la Comisión directiva de la Asociación de propietarios territoriales de España establecida en Barcelona, la Junta de agricultura de la provincia de Tarragona, la Sociedad económica de Tarragona, la Junta de agricultura de Barcelona, la Junta de agricultura de Gerona, el Instituto Agrícola Catalán, las Sociedades de agricultura del bajo Ter, Ampurdán, Santa Coloma de Farnés y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Salamanca.

C) «Obispos»: el Arzobispo de Santiago, el de Tarragona, y los Obispos de Gerona, Barcelona, Tortosa y Lérida.

D) «Funcionarios públicos»: los contadores de hipotecas de Guadaluajara, Luarca, Lucena, Cabra, Ferrol, Murriado, Ayora, Gandía, Chelva,

<sup>77</sup> ACGC, sección organización, legajo 5, documento 115. La Real Orden a la que alude este oficio es de 14 de octubre de 1853, por la que se reestructura la CGC y se le encarga, entre otras cosas de la «esposición de las reformas convenientes en los Códigos penal y civil en vista de los informes de las Audiencias y Colegios de Abogados del Reino». ACGC, sección organización, legajo 1, carpeta 9. Esta Real Orden confirma que se pretendía aún aprovechar el Proyecto de Código Civil de 1851.

<sup>78</sup> Comunicaron el recibo del Proyecto y la Real Orden de 12 de junio el Tribunal Supremo (en oficio enviado por Arrazola), el Fiscal de dicho tribunal y los de las Audiencias Territoriales de Madrid, Valladolid, Pamplona, Granada, Galicia, Oviedo, Tribunal especial de las órdenes militares, Sevilla, Mallorca, Albacete, Cáceres, Valencia, Burgos y Canarias; así como las regencias de las Audiencias Territoriales de Madrid, Zaragoza, Granada, Pamplona, Valencia, Cáceres, Sevilla, Barcelona, Canarias, Oviedo, Mallorca, La Coruña, Burgos, Albacete, Valladolid y el decanato del Tribunal especial de las órdenes militares. ACGC, sección civil, legajo 15, bloque primero, carpeta 2.

<sup>79</sup> ACGC, sección organización, legajo 5, documento 117: «Índice de los Tribunales, Corporaciones científicas, Prelados, funcionarios públicos, y personas particulares, cuyas observaciones sobre el Proyecto de Código Civil se remiten á la Comisión de Códigos con Real Orden de 19 de octubre de 1853». Este índice se completa con otro inventario fechado en octubre de 1856.

<sup>80</sup> El informe no aparece en el ACGC. Por otra parte puede ser un dato de interés saber que el presidente del Tribunal Supremo es, en el momento de someter el Proyecto a información pública, Lorenzo Arrazola, quien en su etapa de ministro de Gracia y Justicia coincidente con los trabajos de la CGC, había demostrado un claro interés en el desarrollo de la tarea codificadora.

Liria, Sueca, Moncada, Onteniente, Enquera, Valencia, Álava, Játiva, Chiva, Teruel, Albaidas, Burgos, Pamplona, Estella, Tudela, Tafalla, Aoiz, La Bañeza, Valencia de Don Juan, Riaño, Belerado, Sahagún, Béjar, Villalón, Castro Urdiales, Almagro, Salamanca, Segorbe, Vivero, Villanueva de los Infantes, Orihuela, Villanueva de Geltrú.

E) «Particulares»: D. José Fajarnes y Ferrer, juez cesante de Albacete, D. José María Gutiérrez de Arce, «Varios propietarios de Cataluña», «Varios propietarios de censos enfiteúticos en las cuatro provincias de Cataluña», «Varios propietarios de Lugo», varios propietarios de Granellos y D. Andrés Cano, presbítero de Archidona.

No se recogen aquí, sin embargo, todas las observaciones que se enviaron y que constan en el ACGC; faltan, por ejemplo, la exposición del Obispo de Lugo, varias de las exposiciones enviadas desde Cataluña<sup>81</sup> y las observaciones de Ortiz de Zárate, remitidas a la Comisión por el subsecretario del Ministerio de Gracia y Justicia el 15 de marzo de 1853<sup>82</sup>. Por el contrario, permite tener noticia del envío de informes que no se conservan hoy día como el del Tribunal Supremo, las exposiciones de los contadores de hipotecas y la enviada por «varios propietarios de Lugo».

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que se trata de los informes que se recibieron, que no es lo mismo que los que se solicitaron, apreciación que resulta de la clasificación de los informes en rogados o no. Esta clasificación es la que se sigue en este trabajo a la hora de sistematizar los informes según sus sujetos. Tampoco utilizamos el criterio territorial. Esto no significa que no tenga importancia, y mucha, el lugar de donde provienen las críticas, o dicho de otro modo, el calificativo de sujeto relacionado bien con un territorio foral, bien con uno castellano. Salta a la vista que Cataluña acapara la mayor parte de los informes emitidos, muy especialmente los enviados por particulares (o sus asociaciones) con intereses económicos afectados. De hecho en los tres grupos sociales en que queda dividida la crítica, el papel de los sujetos originarios de territorios con Derechos civiles forales es destacable; ahora bien, antes se individualizan por otras características que les vinculan con criterios no exclusivamente territoriales.

La clasificación queda por tanto dividida en tres apartados: la Iglesia católica, los grupos de intereses económicos y la crítica técnica o jurista. Dentro de los segundos, reducidos a los provenientes de Cataluña al no conservarse el enviado desde Galicia, se distinguen los intereses de la clase propietaria catalana, protagonista de esta crítica, de los defendidos por los enfiteutas catalanes. En cuanto a la crítica técnica, está compuesta por las Audiencias Territoriales, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Salamanca y, finalmente, por la doctrina jurídica de la época.

<sup>81</sup> Sí aparecen algunas de ellas en el inventario de la CGC fechado en octubre de 1856.

<sup>82</sup> ACGC, sección organización, legajo 5, documento 103.

## 2. LA REACCIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA

### 2.1 INTRODUCCIÓN

La valoración que hiciera la Iglesia católica del Proyecto tenía un peso evidente en un país donde la Constitución declaraba en su artículo 11: «La Religión de la Nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga á mantener el culto y sus ministros»<sup>83</sup>. La reacción de la Iglesia era aún de mayor interés dado el momento en que se presenta el Proyecto: 1851 es un año trascendental para las relaciones de la Iglesia católica y el Estado español pues en marzo de ese año, tras un largo y arduo proceso, se había llegado a la firma del Concordato con la Santa Sede, gracias al cual se reanudaban las relaciones entre ambos. El Concordato significaba el culmen de un proceso de acercamiento iniciado en 1844 tras unos años, desde la muerte de Fernando VII en 1833, en que la Iglesia sufrió una política antirreligiosa encaminada a borrar la influencia de ésta en la sociedad española. La política anticlerical, protagonizada principal pero no únicamente por los Gobiernos progresistas, fue sustituida a partir de 1844 por otra más conciliadora. Los políticos moderados, terminada la guerra civil, fueron conscientes de la importancia que para la estabilidad política y social tenía la recuperación de las buenas relaciones con la Iglesia, no sólo por el peso que ésta conservaba en grandes sectores de la población sino por dos razones añadidas: en primer lugar, el Gobierno perseguía el reconocimiento por parte de la Santa Sede de Isabel II como reina de España; por otra parte, era urgente la legitimación de todos aquellos que habían adquirido los bienes de la Iglesia puestos a la venta<sup>84</sup>.

Varias medidas como el restablecimiento del Tribunal de la Rota, el regreso de los Obispos exiliados o la suspensión de la venta de los bienes eclesiales y posteriormente su devolución al clero secular, propiciaron un

---

<sup>83</sup> Constitución Española de 1845, artículo 11. HERVADA, J., y ZUMAQUERO, J. M.: *Textos constitucionales españoles, 1808-1978*, Pamplona, 1980, Eunsas, p. 159.

<sup>84</sup> Sobre las relaciones de la Iglesia con el Estado en los años de la década moderada, CÁRCEL ORTÍ, V.: «La Iglesia durante el reinado de Isabel II», en *Historia General de España y América*, tomo XIV, *La España liberal y romántica (1833-1868)*, Madrid, 1983, Rialp, en especial las pp. 424 a 426. CUENCA TORIBIO, J.: *Estudios sobre la Iglesia española del s. XIX*, Madrid, 1973, Rialp. Del mismo autor, *Iglesia y burguesía en la España liberal*, Madrid, 1979, Ed. Pegaso, e «Iglesia y poder político» en *Historia de España de Menéndez Pidal*, vol. XXXIV. *La era isabelina y el sexenio revolucionario (1834-1874)*, Madrid, 1981, Espasa Calpe, pp. 571 a 640, donde se analizan los principales asuntos de la época entre la Iglesia y el Estado. Desde el punto de vista del historiador es muy interesante el artículo de CLAVERO B.: «Código y Registros civiles...», *o. c.* En él aborda el Proyecto de Código Civil de 1851 y el Concordato; como defiende en otros aspectos, la revolución de 1868 será el punto de inflexión en el tratamiento de la cuestión matrimonial. Compartimos esta opinión, y además sugerimos que la Ley de matrimonio civil de 1870 pudo tener el papel de la solución radical que favorecerá la aceptación, por parte de los defensores del matrimonio canónico obligatorio, de una regulación más moderada y transaccional como fue la recogida finalmente en el Código Civil de 1889.

clima de diálogo que aún así (y tras algunos paréntesis<sup>85</sup>) requirió largas negociaciones hasta llegar a la firma del Concordato de 1851<sup>86</sup>. El pacto fue calificado como uno de los grandes logros de la década moderada pero como ha escrito algún autor no era perfecto sino «un punto de partida para acabar con casi veinte años de tensiones político-eclesiales»<sup>87</sup>. El Concordato recogía la confesionalidad del Estado y la unidad católica de España lo que produjo el escándalo de los liberales más progresistas y en general de cuantos preconizaban la separación de la Iglesia y el Estado<sup>88</sup>.

En este contexto en el que la Iglesia se encuentra reforzada y al Gobierno no le interesa en absoluto abrir un nuevo frente de conflicto, la postura de aquélla acerca del Proyecto tiene un valor mayor que el que hubiera tenido con los Gobiernos liberales anteriores, más anticlericales<sup>89</sup>.

El papel del Concordato en la crítica de la Iglesia es fundamental. Bien es cierto que sin él los Obispos hubieran tenido los argumentos suficientes para elaborar sustancialmente la misma crítica, al menos respecto a la regulación matrimonial (no a la patrimonial); sin embargo, la constante alusión al Concordato como ley en que el Estado se compromete a proteger y hacer cumplir las disposiciones canónicas no deja de ser un elemento de presión hacia el Gobierno que precisamente lo ha firmado. Aun cuando la mayor parte de las materias tratadas tienen que ver con la organización de la Iglesia y con la dotación económica (aspecto este último que afecta directamente al Proyecto de Código Civil al chocar el artículo 41<sup>90</sup> del Concordato con las prohibiciones de su artículo 608), los artículos 1 y 4 del Concordato otorgan sólidos argumentos a los informes<sup>91</sup>.

<sup>85</sup> El Gobierno presidido por García Goyena fue precisamente uno de los que entorpecieron la buena marcha de las relaciones al destituir a Castillo y Ayensa como representante del Gobierno ante la Santa Sede así como por restablecer la venta de los bienes eclesiásticos.

<sup>86</sup> Sobre el laborioso proceso del Concordato de 1851 así como sobre su contexto de relaciones de la Iglesia con el Estado español, PÉREZ ALHAMA, J.: *La Iglesia y el Estado español, estudio histórico-jurídico a través del Concordato de 1851*, Madrid, 1967, Ed. Instituto de Estudios Políticos. También, SUÁREZ, F.: «Génesis del Concordato de 1851» en *Ius Canonicum*, 1963, III, Pamplona, pp. 65 a 249; desde el punto de vista del comisionado del Gobierno español: ROMERO BLANCO, B.: *José del Castillo y Ayensa, humanista y diplomático (1795-1861)*, Pamplona, 1977, Eunsa.

<sup>87</sup> CÁRCEL ORTÍ, V.: «La Iglesia durante el reinado de Isabel II», *o. c.*, p. 426.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 426.

<sup>89</sup> De hecho, según relata Cuenca Toribio el Gobierno de Bravo Murillo, con González Romero en Gracia y Justicia, mostró en todo momento facilidades para la puesta en práctica del Concordato de tal forma que dicho autor califica este período como «el de mas sincero y valioso diálogo entre el Estado español y los representantes de la Santa Sede del XIX y XX», *Iglesia y burguesía...*, *o. c.*, p. 134.

<sup>90</sup> Artículo 41 del Concordato de 1851: «Además, la Iglesia tendrá el derecho de adquirir por cualquier título legítimo, y su propiedad, en todo lo que posea ahora ó adquiera en adelante será solemnemente respetada (...)». El texto se ha tomado del apéndice al trabajo de SUÁREZ, F.: «Génesis...», *o. c.*, donde se reproduce el texto del Concordato en las pp. 233 a 249.

<sup>91</sup> Artículo 1.º: «La Religión católica, apostólica, romana, que con exclusión de cualquier otro culto continúa siendo la única de la nación española, se conservará siempre

De lo expuesto se deduce la importancia de los informes de la Iglesia, aumentada por la dureza de éstos y por su negativa rotunda a aprobar el Proyecto sin que antes se modifiquen unos puntos, pocos, pero a los cuales la Iglesia se niega tajantemente a dar su visto bueno: la prohibición de los esponsales de futuro, no sólo en el ámbito civil sino también en el canónico y la atribución de las causas de divorcio –en realidad separación– exclusivamente a los tribunales civiles. Es decir, la regulación del matrimonio. Pero si bien éste fue el principal escollo, otras normas vinieron con su inoportunidad y torpeza a avivar la indignación de los eclesiásticos, como la regulación del Registro civil o los desvíos de las mandas encargadas para misas en los testamentos hacia actividades benéficas laicas.

El Proyecto muestra hacia la Iglesia una posición paradójica y torpe. En realidad parece buscar un término medio, una transacción –lo que otros autores han denominado «eclecticismo»– entre el Código Civil francés donde no se tiene en absoluto en cuenta a la Iglesia y la legislación histórica patria que, a juicio de los redactores del Proyecto, sufre una «invasión» en sus competencias por parte de la legislación canónica. El resultado es una regulación laicista y regalista que no podía sino provocar el malestar entre el clero. El texto del Proyecto interfiere en la normativa canónica en materia de matrimonio; dentro de la regulación del Registro civil se impone a los párrocos una serie de obligaciones (cuyo incumplimiento provoca serias sanciones) en favor de la sociedad civil, mientras se le impide seguir conociendo en materias tradicionalmente de su competencia. El resultado no puede ser otro que la indignación de las autoridades eclesiásticas; al contenido de la regulación hay que añadir el malestar producido por tratarse de una reforma llevada a cabo de forma absolutamente unilateral, sin el menor contacto con los representantes de la Iglesia.

Los codificadores españoles parecen no tener presente que mientras en Francia está proclamada la libertad de cultos, en España la religión católica es la religión oficial con lo que el ordenamiento canónico es algo más que la regulación a la que se somete un sector de la sociedad como puede ocurrir en otros países donde existía libertad de cultos. La regulación del Proyecto sigue las bases adoptadas por la CGC en 1843, momento totalmente distinto en las relaciones con la Iglesia, aspecto que tampoco parece tenerse en cuenta. En resumidas cuentas, la torpeza con que se resuelven las cuestiones relacionadas con las competencias hasta entonces o bien compartidas o bien reconocidas a la Iglesia lleva a abrir contra el Proyecto uno de los principales frentes de oposición.

---

en los dominios de S. M. C. con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los Sagrados Cánones».

Artículo 4.º: «En todas las demás cosas que pertenecen al derecho y ejercicio de la autoridad eclesiástica y al ministerio de las órdenes sagradas, los Obispos y clero dependiente de ellos gozarán de la plena libertad que establecen los sagrados cánones.»

La crítica que elevaron representantes de la Iglesia Católica está formada por los cuatro informes eclesiásticos que obran en el ACGC<sup>92</sup>. De ellos hay que destacar el enviado por el Tribunal de la Rota. En tanto tribunal supremo de las causas canónicas responde a la llamada de la Real Orden de 12 de junio de 1851. A este informe se añadieron los provenientes de Galicia y Cataluña; probablemente, al menos en el caso de Cataluña, por la mayor difusión y repercusión que tuvo la publicación del Proyecto en esas provincias. Desde Galicia llegaron los informes del Obispo de Lugo y del Arzobispo de Santiago, informes que con gran probabilidad responden a un acuerdo y discusión común, ya que los paralelismos entre ambos textos son evidentes; y en último lugar Cataluña, desde donde envían una exposición conjunta el Arzobispo de Tarragona y los Obispos de Barcelona, Lérida, Gerona y Tortosa.

Cada informe tiene su nota particular. El del Tribunal de la Rota es el de mayor rigor y profundidad jurídica y teológica, como era de esperar, y se centra en la regulación del matrimonio. Los dos informes gallegos aportan la nota pragmática y del sentido común en sus denuncias de la imposibilidad de llevar a la práctica algunos mandatos, en especial los encargados a los párrocos. Por último los obispos catalanes, que son los que más puntos comentan y no sólo los directamente relacionados con la Iglesia, aportan criterios morales, éticos e incluso económicos. En cualquier caso, la crítica de la Iglesia no solicita sino que exige, desde la fuerza que le otorga la confesionalidad del Estado, la modificación de varios puntos concretos del Proyecto.

Las *Concordancias...* de García Goyena, que se tuvieron presentes en la redacción de al menos parte de los informes, no contribuyeron a mejorar la opinión de los autores de éstos. Los agrios comentarios del comentarista del Proyecto con motivo de la introducción de novedades en sede de matrimonio así como en las prohibiciones de adquirir, constituyeron un elemento más de tensión, como se refleja en las censuras directas del Tribunal de la Rota. García Goyena, que se había calificado a sí mismo en el Senado como regalista<sup>93</sup>, no contaba con las simpatías de la Iglesia no ya por antiguas actuaciones sino por las medidas adoptadas por su Gobierno en septiembre de 1847<sup>94</sup>.

Finalmente, y antes de entrar en el análisis de los informes eclesiásticos, hay que advertir que dentro del ámbito jurídico la separación entre la

---

<sup>92</sup> A pesar de ser un número poco elevado, dada la especial autoridad del Tribunal de la Rota consideramos que son representativos de la postura de la Iglesia católica. Así lo cree también CRESPO DE MIGUEL quien considera que son «suficientemente representativos de la postura de parte de la jerarquía para defender la doctrina de la Iglesia», en «El matrimonio en los dictámenes oficiales...», *o. c.*, p. 656.

<sup>93</sup> DSS, legislatura de 1847-1848 cit., sesión de 3 de diciembre de 1847, p. 103.

<sup>94</sup> Así, CARCEL ORTÍ comenta «El gabinete presidido por García Goyena dio algunos pasos falsos al destituir a Castillo y Ayensa (que era el representante de España en las negociaciones con la Santa Sede) de su importante puesto en Roma y ordenar la venta de bienes eclesiásticos anteriormente suspendida» en «La Iglesia durante el reinado...», *o. c.*, p. 425. También recuerda los conflictos de García Goyena con las autoridades eclesiásticas CRESPO DE MIGUEL en *La secularización...*, *o. c.*, pp. 190 a 191.

esfera estatal y la esfera de la Iglesia era difusa. La Constitución era confesional y, por ejemplo, el Código Penal de 1848 recogía delitos contra la religión católica. Dentro de la elaboración del Proyecto de Código Civil la utilización de argumentos no sólo éticos o morales sino religiosos es frecuente tanto en los comentarios de sus redactores como en los de las críticas de la Iglesia, la doctrina o las Audiencias Territoriales.

## 2.2 EL INFORME DEL TRIBUNAL DE LA ROTA

La Real Orden de 12 de junio de 1851 solicitaba los informes de los tribunales comunes y también de los especiales: eclesiásticos y militares<sup>95</sup>. El tercer punto de la Real Orden citada es una invitación dirigida sin nombrarlos a los representantes de la Iglesia: «Que se escite tambien el celo de los demas tribunales especiales; de las autoridades á quienes puede incumbir de alguna manera porque afecte á las materias propias de sus respectivas atribuciones; de los colegios...». El Tribunal de la Rota alude expresamente a este punto para justificar su exposición «tanto porque asi lo ecsigen el respeto y la obediencia que sus individuos profesan á las órdenes dimanadas de tan elevado origen, quanto por hallarse en el proyecto disposiciones tan graves y trascendentales en materias propias de la jurisdiccion eclesiástica, que su silencio sobre ellas podria con razon estimarse digno de censura ó señal de aquiescencia»<sup>96</sup>.

El informe fue previamente sometido a la aprobación del nuncio del Papa en España; por otra parte, reconoce haber manejado el Proyecto a través de las Concordancias..., obra «que define con suma precision los principios que hán servido de bases para la adopcion de sus principales disposiciones, espone con entera claridad la inteligencia de sus diversos artículos y descubre á primera vista el espíritu por el cual se han guiado los individuos de la seccion [...]. La Rota há tenido á la vista este trabajo [...] razones por las cuales V. E. no estrañará se haga repetida referencia á los argumentos empleados en esa obra, para sostener los diversos artículos que ván á ser objeto de las presentes observaciones»<sup>97</sup>.

### 2.2.1 La regulación del matrimonio. El planteamiento del problema como una cuestión competencial

La Rota<sup>98</sup> estructura su valoración del Proyecto de Código Civil en torno a la demostración de su competencia normativa y jurisdiccional

<sup>95</sup> De hecho se conserva la anotación del recibo de sendos ejemplares del Proyecto por el Decanato y por la Fiscalía del Tribunal especial de las órdenes militares. ACGC, sección civil, legajo 15, bloque 1, carpeta 2.<sup>a</sup> No aparece sin embargo en la relación el recibo del Tribunal de la Rota ni de ningún Obispo.

<sup>96</sup> I. del Tribunal de la Rota. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 3, p. 1.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>98</sup> El informe está firmado por Blas María Prats, Julián María de Piñera (o Piñeva), Pedro Reales, Fernando de la Fuente, Epifanio Rodríguez Fernandez, Nicolas López Ballesteros, Juan Nicasio Gallego y Manuel Riv.

en materia matrimonial. No entra en otras cuestiones planteadas en los informes de los Obispos catalanes y gallegos. La exposición se estructura en tres bloques: en primer lugar los magistrados eclesiásticos valoran la regulación del matrimonio del Proyecto como una ruptura de la hasta entonces armónica relación entre las competencias canónica y civil. La ruptura se concreta en tres puntos correspondientes con tres artículos: los esponsales de futuro (art. 47), la competencia jurisdiccional en materia de divorcio (art. 75) y las causas de divorcio (art. 76)<sup>99</sup>. Planteada la cuestión, la Rota pasa a demostrar que el núcleo de los tres puntos se resume en el problema de delimitar las competencias de las dos jurisdicciones. Para ello, en un segundo paso recurre a tres afirmaciones o principios que presuponen la aceptación de la doctrina de la Iglesia. Una vez afirmada la competencia de la Iglesia, el tercer y último paso es aplicar la solución a cada uno de los artículos.

El planteamiento de la cuestión como ruptura es la primera consideración que hace la Rota, con el fin de apoyar su posterior razonamiento en su aceptación secular en España: «por primera vez en la historia de la formación de nuestro Código legislativo, que las leyes civiles que versan sobre el contrato matrimonial se separan de la letra y el espíritu de las disposiciones canónicas, que tratan de la misma materia. Hasta ahora nuestros legisladores, confesando que entre fieles en el matrimonio es inseparable el contrato del Sacramento [...] no pudieron menos de introducir en sus Códigos bajo el primer concepto, las mismas reglas venerandas que bajo el segundo había la Iglesia dictado para su recta administración»<sup>100</sup>.

Está claro desde un principio que la piedra angular de la Rota va a ser la confesionalidad del Estado (reconocida en la Constitución vigente de 1845 y en el Concordato), principio que da por supuesto. Fruto de esta confesionalidad había sido la base del Código Civil por la cual el único matrimonio válido es el celebrado de acuerdo con la legislación canónica. Tras un repaso por los textos legislativos históricos patrios, anuncia lo que va a ser el centro de su discurso: se trata de «reducir las cuestiones que vienen á tratarse, á principios fijos, sin los cuales no fuera posible deslindar los límites de ambas potestades eclesiástica y civil»<sup>101</sup>. Es decir, el conflicto de competencias debe resolverse conforme a unos principios «fijos», que pasa a exponer y que

---

<sup>99</sup> Artículo 47 del Proyecto: «La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningun tribunal civil ó eclesiástico admitirá demanda sobre ellos.»

– Artículo 75: «El conocimiento de las causas de divorcio pertenece exclusivamente á los tribunales civiles.»

– Artículo 76: «Son causas legítimas de divorcio: 1.<sup>a</sup>: El adulterio de la muger en todo caso; y el del marido, cuando resulte escándalo público ó menosprecio de la muger. 2.<sup>a</sup>: Los malos tratamientos de obra ó injurias graves. 3.<sup>a</sup>: La propuesta del marido para prostituir á su muger. 4.<sup>a</sup>: El conato del marido y de la muger para corromper á sus hijos y prostituir á sus hijas; y la connivencia en su corrupcion ó prostitucion. 5.<sup>a</sup>: La apostasía de uno de los cónyuges.»

<sup>100</sup> I. del Tribunal de la Rota, p. 3.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 4.



«irresistiblemente arrastran en pos de sí las conclusiones que constituyen el dictamen de la Rota»<sup>102</sup>.

## 2.2.2 Los tres principios claves para resolver el conflicto de competencias

El primer principio dice así: «Ecsiste en la Iglesia Católica por disposición divina la facultad de legislar en general sobre todos los asuntos que son de su competencia, y particularmente en materia de matrimonios»<sup>103</sup>. La Rota considera tan evidente la proposición que no cree necesario «verificarlo»; pero matiza que si bien el Código parece aceptar dicha afirmación a través de su artículo 48, los artículos 75 y 76 demuestran que «ó el Código está en contradicción consigo mismo, concediendo en un artículo lo que en otro niega; ó bien que en punto al reconocimiento de las atribuciones que sean propias de la autoridad eclesiástica, quiere introducir un eclecticismo que las anula todas, pues que las hace depender la que se le reconocen, del consentimiento que les preste, según su arbitrio y voluntad, el poder civil del Estado»<sup>104</sup>. La respuesta es la segunda opción, el «eclecticismo» del Proyecto, pero la Rota no está en absoluto conforme con la solución salomónica y utiliza el argumento final basado en la confesionalidad del Estado español: «Pero esto no podrá nunca suceder entre católicos, que saben que el Divino Autor de nuestra Religión, al constituir su Iglesia quiso fundarla sobre la base de una absoluta independencia [...] que además hubiese en ella un verdadero imperio, revestido de facultades legislativas, judiciales y coercitivas tan amplias como sea necesario para que llenase los altos fines de su institución»<sup>105</sup> para lo cual recurre a varias citas del Nuevo Testamento<sup>106</sup>. «¿Y qué católico hay que al escuchar estas palabras pueda negar á la Iglesia la potestad de formarse su propia legislación en todo lo respectivo á su régimen y gobierno?»<sup>107</sup>. Esta potestad abarca especialmente todo lo relativo a los sacramentos, especialmente al del matrimonio, «instituido por el mismo Dios en el paraíso» lo cual conlleva que «el contrato matrimonial había de recibir su forma y sus leyes del mismo Criador del hombre», leyes de Derecho natural: «Tales leyes habían de quedar tan profundamente grabadas por el dedo de su Creador en la conciencia del hombre, que vendrían á formar la parte más principal del derecho natural y de gentes [...] conservando, sin embargo, el Supremo Legislador la facultad de corregir por medio de la Religión revelada los estravíos á que en esta materia, como en otras muchas, sería arrastrada la razón del hombre...»<sup>108</sup>.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>106</sup> Corintios 1, 4.º; Juan 21, 17.º y 20, 21.º; Lucas 22, 32.º; Mateo 18, 18.º y 16, 19.º

<sup>107</sup> I. Tribunal de la Rota, cit., p. 7.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 8.

Acomete el tribunal un largo discurso acerca de los sacramentos, para finalmente resumir su posición: «en la Iglesia Católica hay un poder legislativo que le fué comunicado por su divino Fundador, para ordenar por medio de leyes sabias todas las materias que pertenecen á su jurisdicción, y señaladamente las que conciernen al Sacramento del Matrimonio»<sup>109</sup>.

La segunda proposición es la consecuencia de la primera: «Ecsiste en la misma Iglesia la facultad judicial de conocer en las causas matrimoniales, incluidas las de esponsales y divorcios: de tal suerte que no se puede negar esta facultad á la Iglesia sin faltar á los principios de la fé Católica»<sup>110</sup>.

Éste es otra vez el núcleo del razonamiento de la Rota: o bien se acepta la fe católica y por consiguiente la regulación canónica del matrimonio, o bien no se acepta la fe católica y se legisla de forma diversa. La Rota cuenta con la fuerza que le da la confesionalidad del Estado y repite el argumento hasta la saciedad. Por si no queda claro, el tribunal recuerda que el Concilio de Trento definió «como dogma de fé, que el conocimiento de las causas matrimoniales corresponde á los jueces eclesiásticos; y para condenar con anatemas, al que asegurase lo contrario»<sup>111</sup>. En lógica con lo expuesto, la pretensión de los codificadores supone arrebatar un derecho a la Iglesia: «para sancionar las nuevas disposiciones del Código, relativas al conocimiento de las causas de divorcio, és necesario despojar á la Iglesia de un derecho robustecido por la prescripcion de tantos siglos, cuantos ella misma cuenta de ecsistencia»<sup>112</sup>. Curiosamente, se añade aquí el argumento inicial del pacífico ejercicio de su actividad jurisdiccional y normativa en materia de matrimonio durante siglos, ejercicio reconocido en España.

La Rota no pasa por alto los argumentos expuestos por García Goyena en sus *Concordancias*... al que dedica palabras duras:

«Pero lo que no se puede leer sin ruborizarse és que para escitar á este despojo se añada que no se tema ninguna oposicion séria contra ella “que hoy tiene el Clero cuestiones más altas y de mayor trascendencia en que hacerse firme ó guerrear, intereses mas positivos y materiales que reivindicar”<sup>113</sup>. V. E. permitirá que el Tribunal de la Rota siquiera por el decoro á si mismo, no descienda á contestar á estas palabras: ellas revelan el espíritu por quien han sido dictadas las disposiciones del Código de que nos ocupamos y hasta que grado deban ser respetadas, cuando para sostenerlas se echa mano de este género de argumentos»<sup>114</sup>.

La consecuencia de las dos proposiciones vistas es contundente y constituye el tercer principio: «La Autoridad Civil del Estado carece de

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>113</sup> La cita de las *Concordancias*... es suya.

<sup>114</sup> I. Tribunal de la Rota, cit., p. 16.

jurisdiccion, no tan solo para dictar leyes relativas al matrimonio, á no ser que estas se limiten á los efectos civiles del matrimonio, sino tambien para traer ante sus jueces las causas matrimoniales propiamente dichas. Por tanto, los artículos 47, 75 y 76 no pueden tener cabida en el Código Civil de una Nacion católica»<sup>115</sup>.

### 2.2.3 El Proyecto de Código Civil a la luz de los tres principios

Expresados los tres principios como incontestables, la Rota se limita a aplicarlos a los tres artículos censurados. En cuanto al artículo 47 por el que se prohíbe la admisión de demandas de esponsales no sólo a los tribunales civiles sino también a los eclesiásticos, la Rota muestra su asombro: «¿Como puede preceptuarse [...] como no sea atropellando todos los derechos que, sin controversia alguna, están hasta ahora reconocidos á la jurisdiccion eclesiástica; rasgando del cuerpo de sus leyes venerandas todo el título de *Sponsalibus*, y negando á la Iglesia una parte de las facultades que le estan consignadas en el Canon 12 de la sesion 24 del Concilio de Trento?»<sup>116</sup>.

El Proyecto establece una disposición que presume que los esponsales de futuro configuran una institución meramente civil, lo cual coincide con lo expresado por el Sínodo de Pistoya, y condenado por Pío VI en la Bula *Autorem fidei*, con lo que llegamos a la ya conocida conclusión: «Juzgue ahora V. E. si el artículo 47 del proyecto del Código Civil puede admitirse á formar parte de las leyes de esta nacion eminentemente Católica»<sup>117</sup>.

La Rota deja para el final el artículo 75 y pasa al 76 que regula las causas de divorcio. En la primera, la desigualdad de medidas ante el adulterio de la mujer o del marido contradice la doctrina católica y resulta un retroceso en la civilización humana<sup>118</sup>. En cualquier caso, opina que no merece la pena detenerse en valorar esta causa cuando se trata de una materia en la que es la Iglesia católica la única que tiene la facultad para legislar<sup>119</sup>. Los planteamientos eran, pues, opuestos.

El resto del informe, aproximadamente la mitad, se dedica a criticar el artículo 75 –el verdadero núcleo de su censura– y la base en que se funda recogida por García Goyena en sus comentarios. La Rota comienza por dejar claro el buen concepto que guarda de sus redactores «como Españoles y como Católicos» y que su crítica se centra en la doctrina y no en las personas, para pasar a afirmar directamente que «el espresado

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>118</sup> «Separarse de sus disposiciones en este punto, és no tan solo condenar la igualdad de condicion que JesuCristo há establecido entre los cónyuges, sino tambien renunciar á los adelantos de la verdadera civilizacion...», p. 20.

<sup>119</sup> «Mas es del todo escusado detenernos en este particular, si se reconoce que solo la Iglesia Católica tiene facultad para legislar en todo lo respectivo al matrimonio considerado como Sacramento», p. 21.

artículo no puede ser admitido en el Código Civil Español, porque su contenido es directamente opuesto á lo que nos manda creer y confesar la Santa Fé Católica»<sup>120</sup>.

El artículo está comprendido, como referente a causas matrimoniales, dentro del canon 12 de la sesión 24 del Concilio de Trento. García Goyena era, a juicio del tribunal, consciente de ello y «se há valido de todos los medios imaginables para desvirtuarla». Los argumentos de éste son recogidos y resumidos en tres afirmaciones dentro del informe: la primera consistía en afirmar que el canon 12 no se refiere ni a la moral ni al dogma, y por tanto su autoridad deriva de la aceptación del rey español Felipe II, de manera que si es una ley del Estado la que le da fuerza vinculante, otra ley —el Código Civil— podrá quitársela.

Frente a este razonamiento, la Rota niega las premisas y la conclusión:

«ni el cánón 12 pertenece á la parte de reformation de la sesion 24 del concilio; sino á la de doctrina: ni aun cuando perteneciera puramente á la disciplina eclesiástica penderia su valor esclusivamente de la aceptacion del Sr. Rey Dn. Felipe 2.<sup>o</sup>; ni despues de aceptado por nuestros Monarcas bastaria una ley p.<sup>a</sup> quitarle toda su fuerza»<sup>121</sup>. La pertenencia del canon 12 a la parte doctrinal propuesta por el Concilio «para ser creida como dogma de fe» se demuestra con «abrir las páginas del mismo concilio: allí se verá que la sesion 24 se compone de dos partes: la primera se titula de doctrina [...] y que al final de la 1.<sup>a</sup> y antes de entrar en la 2.<sup>a</sup>, se encuentra el Cánón de que tratámos [...] Admira, pues, como los individuos de la seccion del Código Civil hán podido suponer lo contrario, como no sea figurándonos ó que no hán leído el Concilio ó que se imaginaban que ellos habian de ser creidos por sus lectores solo bajo su palabra. Pero el Gobierno no se atreverá ciertamente á tomar la venia de S. M. para presentar ante los cuerpos Colegisladores el proyecto del Código Civil que contiene una disposicion [...] opuesta á la fé católica [...] sin antes llamar á su vista la parte doctrinal de la sesion 24 del Concilio»<sup>122</sup>.

La indignación de la Rota va en aumento: «¿no valdría mas no descartarse al propio tiempo de la buena lógica, y de la sana razon, y confesar de una vez que esos Cánones son verdades de fé, pero que estorban para la adopción del artículo 75? La seccion no há tenido bastante valor para abanzar hasta este punto...»<sup>123</sup>. Como un nuevo punto en favor de su postura, el tribunal recalca la religiosidad de Felipe II, quien en la introducción a la ley por la que se recibió el Concilio en España expresaba la «obligacion que los Reyes y Príncipes Cristianos tienen á obedecer, guardar y cumplir que en sus reinos, estados y señorios se obedezcan, guarden y cumplan los decretos y mandamientos de la Santa Madre Igle-

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>121</sup> *Ibidem*, pp. 23 y 24.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 26.

sia...», a la vez que denuncia el tribunal que García Goyena escoge otro pasaje que le conviene más («habémos aceptado y recibido, aceptamos y recibimos el dicho Sacrosanto Concilio»), lo que denota su mala fe <sup>124</sup>.

El segundo argumento de García Goyena consistía en acudir a las Partidas para afirmar que nada nuevo supuso el Concilio; que tanto antes como después se trata de una ley del Estado. Ante esto, la Rota simplemente se pregunta «¿podía el Concilio definir como dogma de fe otra cosa mas que lo que há sido, és y será siempre la creencia universal de la Iglesia católica?» <sup>125</sup>. Que de la afirmación anterior se deduzca que por una ley podrá derogarse lo establecido por una ley posterior escapa a la compresión del tribunal: «La Rota no comprende este nuevo género de argumentacion» <sup>126</sup>, con lo que deja este punto para pasar al tercero. Este último era una cita de Pallavicini recogida por García Goyena, según la cual los cánones del Concilio de Trento iban destinados más a condenar ciertas doctrinas calvinistas que «á estatuir sobre el fondo mismo de las cuestiones». Los miembros de la Rota tampoco en esta ocasión comprenden el razonamiento, es decir, que reconociendo que son cánones dirigidos a condenar errores, se les niegue su carácter dogmático.

Queda pendiente una cuestión acerca del artículo 75 que, planteada en las *Concordancias...*, la Rota no quiere dejar de comentar. Se trata de los inconvenientes de un doble juicio en las causas matrimoniales (el canónico sobre una separación por causa de crueldad o adulterio y el criminal correspondiente) que pueden traducirse en una posible discordancia de las ejecutorias. La Rota exige que en un análisis de los posibles perjuicios se mantengan dos condiciones: imparcialidad por un lado y análisis paralelo de los inconvenientes de su desaparición.

En cuanto a la posible discordancia de las ejecutorias, la Rota manifiesta que tal contradicción podría ser un problema «cuando la egecutoria causada por la sentencia del Tribunal Eclesiástico viniese á suspender los efectos que produjera la del juez seglar; pero cuando ambas pueden subsistir sin rozarse una con otra; cuando ambas tienden á diversos fines [...] los efectos de la contradiccion quedan reducidos á una cosa puramente imaginaria». El que las sentencias sean diversas se justifica por las pruebas que se presenten en una y otra causa o por la manera de apreciarlas.

Los inconvenientes de la desaparición de la causa eclesiástica serán a juicio del tribunal los siguientes, dado el supuesto de una separación decretada y no impugnada en los tribunales civiles: 1.º el legislador es responsable del estado de pecado en que viven los cónyuges separados por tribunales civiles; 2.º el juez incurre en todas las censuras y penas que la Iglesia establece contra los que incumplen sus mandatos y por últi-

---

<sup>124</sup> «la buena fe exigia que á lo menos estas frases se trasladáran íntegras como están en el original donde dice: «queriendo satisfacer á la obligacion en que somos, y siguiendo el ejemplo de los Reyes nuestros antepasados, de gloriosa memoria habémos aceptado...», p. 28.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 31.

mo, el pueblo, al ver el incumplimiento de la ley de Dios en esta materia, lo extenderá a otras leyes incluso las humanas, ya que los mismos legisladores incumplen las leyes divinas.

En el caso de que el tribunal eclesiástico sea solicitado por alguna de las partes, «si resiste la remision de los autos, y el acatamiento á la sentencia del Tribunal que declare la fuerza, incurre en la suspension y hasta en la privacion de su oficio: aun sometiéndose, si reincide en igual proceder, podrá ser condenado en las costas del recurso, y hasta encausado, encarcelado y estrañado en estos Reinos»<sup>127</sup>. Con tales perspectivas no habrá eclesiásticos dispuestos a ejercer la jurisdicción de la Iglesia. El mismo García Goyena, cita la Rota, confiesa que no es el momento de complicar las relaciones con la Santa Sede, pero este argumento de conveniencia para el tribunal debe transformarse en uno de justicia.

La petición final del Tribunal de la Rota al Nuncio apostólico resume expresivamente su postura:

«V. E. hablará y el Gobierno de S. M. no presentará ciertamente á la aprobacion de los Cuerpos Colegisladores el proyecto del Código Civil sin antes borrar de éste los artículos 47, 75 y 76. Y si para negarse á hacerlo, no halláre bastante fuerza en las razones consignadas en este escrito, V. E. sabrá añadirles otras de tanto peso quanto sea necesario para alcanzar el objeto que la Rota se propone»<sup>128</sup>.

El informe no pide la paralización del Proyecto, sino que, centrado en puntos muy concretos, exige que sean modificados. Los tres puntos (arts. 47, 75 y 76) se refieren a las facultades legislativa y judicial de la Iglesia en materia de matrimonio. Como la propia Rota denuncia, el Proyecto trata de presentar una regulación «ecléctica», contraproducente, pues atrae las iras de la Iglesia sin satisfacer a los partidarios de una separación entre contrato y sacramento de matrimonio. Los redactores de la obra no parecen tener muy en cuenta dos factores a favor de la postura que sostiene la Iglesia: la confesionalidad del Estado recogida en la Constitución y la reciente firma del Concordato con la Santa Sede. El Proyecto reconoce como válido únicamente el matrimonio celebrado según los cánones de la Iglesia católica y le asigna en coherencia las causas de nulidad pero no las de separación, con unos argumentos de conveniencia e históricos de poco peso. Sus razones no pueden ser otras, ya que si se admite como válido únicamente el matrimonio canónico, por coherencia no pueden utilizarse argumentos que separan radicalmente el matrimonio civil del religioso, como sucede en Francia. De la misma forma ocurre en materia del Registro civil: en Francia se sustrae de las manos de los párrocos; en España no —es más, se presenta una consideración hacia la Iglesia—, pero a cambio el Proyecto se inmiscuye de tal forma en el modo de llevar a cabo la tarea que atrae la protesta airada de los obispos. Volvien-

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>128</sup> *Ibidem*, pp. 39 y 40.

do al Tribunal de la Rota, las razones esgrimidas por éste se reducen a una sola: si se reconoce la fe católica se debe reconocer la jurisdicción y capacidad normativa de la Iglesia en materia de matrimonio como uno de sus dogmas de fe; si el Estado se confiesa católico, no puede obviar esta afirmación; luego el Proyecto debe modificarse.

## 2.3 LOS INFORMES DE LA IGLESIA DESDE GALICIA

Tanto el arzobispo de Santiago <sup>129</sup> como el obispo de Lugo <sup>130</sup> enviaron sus informes durante el verano de 1852; los dos guardan un paralelismo que hace pensar en un acuerdo o en una comunicación entre ambas diócesis y que lleva a tratarlos de forma conjunta. Los obispos gallegos aportan la nota de pragmatismo, de sentido común, y se alejan de los planteamientos teológicos del Tribunal de la Rota. Esto no significa que olviden la denuncia de la regulación matrimonial: como en el resto de los informes, los artículos 47 y 75 ( no siempre el 76) son criticados duramente; pero junto a ellos también se censura la regulación del Registro del estado civil, las prohibiciones de adquirir a las manos muertas y la usura.

### 2.3.1 La regulación del matrimonio

La prohibición de los esponsales de futuro constituye una disposición «contraria á la legislación de la Iglesia». La calificación del arzobispo de Santiago es terminante. Si el artículo 47 significara que la ley civil no iba a prestar su respaldo al cumplimiento de la promesa, la Iglesia podría tolerarlo, pero «prohibir absolutamente á los Jueces eclesiásticos que admitan demandas sobre esponsales, sería borrar de una plumada la legislación canónica sobre la materia, sería contrariar el primer artículo del Concordato que dice que la Religion Católica se conservará siempre en España con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar segun la ley de Dios y lo dispuesto por los SS. Cánones, sería atacar la libertad eclesiástica consignada en el artículo 4.º del mismo Concordato» <sup>131</sup>. El arzobispo de Santiago recurre directamente a la fuerza vinculante del Concordato recién firmado y llega a apelar a la resistencia civil: la regulación de los esponsales, si no se modifica, llevará al clero a «decir conviene obedecer á Dios antes que á los hombres» <sup>132</sup>.

El informe del obispo de Lugo guarda una sintonía perfecta con el de Santiago, con los mismos puntos tratados, incluso en el mismo orden.

<sup>129</sup> Exposición del arzobispo de Santiago, fechada el 8 de septiembre de 1852. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 5, documento 1.

<sup>130</sup> Exposición del obispo de Lugo, fechada el 7 de julio de 1852. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 5, documento 3.

<sup>131</sup> Exp. del arzobispo de Santiago, cit., p. 1.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 3.

También en él se anuncia que el comentario se ciñe a los artículos «que mas ó menos directamente se rozan con la disciplina de la Iglesia, y cuya sanción acarrearía en mi dictamen graves perjuicios y ninguna ventaja al Estado»<sup>133</sup>.

Respecto al artículo 47, novedad que puede dar lugar a serios conflictos entre la potestad civil y la canónica, el obispo presenta los problemas prácticos que provocará su aplicación: el sacerdote que se vea en el caso de celebrar un matrimonio en el que concurriría el impedimento de pública honestidad se verá en el dilema de o bien bendecir un matrimonio que sabe ilegítimo o bien negarse, con lo que los tribunales civiles le condenarán. Y no basta afirmar que no ocurrirá en el futuro, al quedar prohibidos los esponsales: permanecen los ya existentes y además «el prohibir un contrato, no implica desde luego su nulidad»<sup>134</sup>. Con esto pasa a la cuestión de fondo, «la cuestión sobre competencia del poder temporal en esta materia», pero sin entrar en discusiones teológicas. La simple controversia o planteamiento de la cuestión le parece demasiado grave: «la duda sola sobre su validez es un mal de inmensa trascendencia que á todo trance debe evitar el legislador. Y no se me oculta que Gobiernos temporales han intervenido y legislado frecuentemente así sobre este punto, como sobre el Matrimonio mismo; pero ó lo han hecho apoyando y corroborando lo mismo que habían establecido los cánones ó han tratado únicamente de los efectos civiles, y salva la autoridad eclesiástica»<sup>135</sup>. El arzobispo insiste en el peligro de poner en tela de juicio la jurisdicción eclesiástica en materia de matrimonio; dejarlo en manos del legislador civil es exponerlo a continuos cambios, con lo que terminará siendo «un contrato cualquiera, sugeto á todas las vicisitudes, opiniones y veleidades de los hombres»<sup>136</sup>.

En cuanto al artículo 75, señala el arzobispo de Santiago, como ya señalaba la Rota, que es contrario al canon 12 de la sesión 24 del Concilio de Trento, lo que significa ni más ni menos que dicho artículo «contiene una proposición herética, ni sirven (en clara alusión a los comentarios de García Goyena) para librarle del anatema todos los subterfugios que han inventado los refractarios suponiendo gratuitamente que es un Canon meramente disciplinal, ó que el matrimonio como qe. es un contrato civil, está enteramente sujeta á las disposiciones del soberano de una Nación»<sup>137</sup>. Aprobar tal artículo equivaldría a un «edicto de persecucion, y el Gobierno de una Nación católica no debe poner nunca á los Obispos en el caso de tener que resistir á sus disposiciones»<sup>138</sup>. Es decir, los mismos argumentos, más simplificados, del Tribunal de la Rota.

---

<sup>133</sup> Exp. del obispo de Lugo, cit., cuya primera página viene numerada con el número 34, p. 34.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>137</sup> Exp. del arzobispo de Santiago, cit., p. 3.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 4.



El obispo de Lugo aborda el artículo 75 con los mismos argumentos. No puede dejar de recordar que el deber de convivencia en común es perpetuo y tiene su origen en la «ley natural y evangelica», de manera que las causas por las que cabe suspender dicha convivencia, las causas de separación también pertenecen a la doctrina evangélica. «Pero si esto es así, como no puede menos que reconocerse; ¿á quien corresponde la inteligencia y la aplicación de esta doctrina, sino á la Iglesia católica que es su depositaria y el único intérprete? Algunos publicistas y jurisconsultos, por otra parte de talentos y erudición, se alucinaron demasiado con el egemplo de otras naciones, que empapadas en las doctrinas del protestantismo, no ven en el matrimonio ni el sacramento ni la ley natural»<sup>139</sup>. No se pide que se olvide su faceta contractual sino que los Gobiernos se limiten a regular al matrimonio como tal; en tanto se trate de los efectos «naturales ó sacramentales del matrimonio, los Gobiernos católicos tienen, sí, tienen todavía una mision muy alta; pero es la de secundar y apoyar á la autoridad eclesiástica contra los desmanes de la fuerza y el desborde de las pasiones»<sup>140</sup>. Pero existen otras razones para oponerse al conocimiento civil de las causas de separación; mientras en la jurisdicción canónica el proceso es lento, como corresponde a la gravedad del asunto, trata de reconciliar a la pareja y «solo juzga y decide cuando todos los otros medios se han agotado», cuando se aplique el artículo 75 el resultado será el de «la mayor parte de los matrimonios separados, y las familias perdidas»<sup>141</sup>.

### 2.3.2 El Registro civil

La crítica del Registro del estado civil constituye una novedad, pero tiene un punto en común con la censura anterior. El Estado mantiene a la Iglesia en esta tarea pero al hacerlo se constituye en la facultad de regular su actividad en una nueva manifestación de regalismo. En lugar de atribuir el Registro a funcionarios del Estado, como sería lo coherente, aprovecha la red de la Iglesia y la costumbre arraigada pero disciplinándola y, para agravar la cuestión, sin previa consulta a las autoridades eclesiásticas.

Esta es la materia que contribuyó a exasperar a los representantes de la Iglesia católica, quienes no toleraron ni el contenido ni el tono con que se reglamentaba la labor de los párrocos. El título del Registro civil se encuadraba dentro de la serie de medidas<sup>142</sup> destinadas a controlar desde el Estado los registros parroquiales.

<sup>139</sup> Exp. del obispo de Lugo, cit., p. 35.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>142</sup> De las medidas anteriores al Proyecto se ocupa DURÁN RIVACOBA, R.: «Codificación y Registro civil», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 748-749. Este autor destaca la íntima dependencia entre la cuestión matrimonial y el Registro civil y coloca el fundamento del control estatal de los registros parroquiales en la necesidad de verificar el cumplimiento de los requisitos estatales previos a la celebración matrimonial.

García Goyena, en su introducción a este título, comenta que «desde muy antiguo» los Registros estuvieron a cargo de la Iglesia, labor que considera bien gestionada por la garantía de honradez de los párrocos, así como por la confianza que inspiran; por todas estas razones «no estimó conveniente la Comisión arrancar el Registro de manos de los párrocos, y confiárselo á un *oficial ó funcionario del estado civil*» y añade «Para qué chocar con tradiciones respetables y que tienen algo de religiosas? ¿A qué innovar sin evidente utilidad ó necesidad?»<sup>143</sup>.

Pero en realidad sí se innova. A los párrocos, a los que García Goyena califica desafortunadamente «nuestros oficiales del estado civil», les corresponde el deber de llevar adelante el Registro, pero la competencia para regularlo es exclusivamente de la ley civil: «La ley, y nada más que la ley, da y garantiza el estado civil [...] Se encuentra pues exclusivamente dentro del dominio de la ley todo lo concerniente al estado civil; y la potestad eclesiástica, estraña absolutamente á este objeto, no debe ejercer en él influjo alguno, si no lo recibe de la ley»<sup>144</sup>. Se fundamenta así una regulación regalista en la que manteniéndose el Registro en manos de la Iglesia se regula la actuación de los párrocos conforme al Código Civil y se les sujeta a responsabilidades civiles y criminales. El Proyecto sustrae la potestad reguladora y sancionadora de los obispos respecto a la labor de sus párrocos; por otra parte, responde a unos principios de seguridad jurídica que no corresponden con los objetivos de la Iglesia, menos preocupada por los requisitos formales que por la adecuación del Registro con la realidad.

El arzobispo de Santiago no dejó pasar la oportunidad de censurar la regulación: «Todo el capítulo 1.º del título 12 á cerca del registro del estado civil es una continua violación de la inmunidad personal del clero»<sup>145</sup>. Los artículos expresamente recogidos en su informe son de dos tipos: los que deben ser modificados por inviables, de difícil ejecución o simplemente inconvenientes, y los que atentan contra el clero parroquial. Dentro de estos últimos se encuentra el artículo 335, que ordena a los párrocos llevar por duplicado los libros y cómo extender las partidas. Estas órdenes pueden darlas los obispos pero no una autoridad civil: «Y si la sociedad se quiere aprovechar de ellos como la ha hecho hasta aquí para el estado civil, la Iglesia no se negará á ponerse de acuerdo con la autoridad temporal para darles todas las formalidades que parezcan razonables, pero no consentirá que se mande á sus párrocos como si fuesen unos empleados civiles»<sup>146</sup>; más grave se considera el artículo 344, ya que prevé la facultad del juez para multar al párroco que cometa faltas en la extensión de las partidas, «lo cual es propio de las visitas de los Obispos, y no podemos consentir que nos usurpen así nuestras atribuciones»; en resumen, «todas estas disposiciones [...] nacen de autoridad

<sup>143</sup> *Concordancias...*, tomo I, p. 312. La cursiva es suya.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> Exp. del arzobispo de Santiago, cit., p. 4.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 4.

incompetente y parten del principio nada ortodoxo de que la potestad temporal puede arreglar la disciplina de la Iglesia»<sup>147</sup>.

El informe del obispo de Lugo también entra en esta cuestión: los artículos 335, 342, 343 y 344 comparten un mismo fondo: «la tendencia de todas estas disposiciones es á convertir á los ministros de la Iglesia en empleados civiles, y someterlos á los Alcaldes y jueces en la formacion de los libros parroquiales»<sup>148</sup>. Es distraer a los párrocos del cumplimiento de sus obligaciones y a la vez reducir su independencia, necesaria para cumplir con su deber. Como el arzobispo de Santiago, resalta que el registro parroquial es una labor de la que el Estado se aprovecha o beneficia y que por lo tanto no se puede consentir que el Estado pretenda además exigir condiciones e incluso prever sanciones por su incumplimiento:

«Un párroco no puede ménos que formar sus registros sacramentales, porque la Iglesia se lo presviene (*sic*), y lo necesita para sus fines propios. El Gobierno temporal puede darles el valor que quiera, ó bien prescindir de ellos, y formar otros por su parte para los efectos civiles. Pero no creo ni conveniente, ni justo, que se imponga al clero la carga del doble registro, y mucho menos la dependencia en que se le deja, al paso que tanto por esas disposiciones como por el artículo 375 se despoja implícitamente á los Obispos de las facultades que por los sagrados cánones les corresponden tocante á la visita, clausulacion y rectificacion de partidas»<sup>149</sup>.

En otro orden se encuentran las críticas del grupo de disposiciones inconvenientes o impracticables, donde pueden distinguirse dos criterios: uno, el que defiende la prevalencia del principio de veracidad frente al formalismo de la regulación del Proyecto; el segundo criterio es el sentido común. Éste demuestra que son impracticables artículos como los 362, 363 y 364, ya que salvo en ciudades o pueblos importantes no es posible que un facultativo certifique la defunción antes de poder enterrar al cadáver. Y ante lo imposible, el arzobispo de Santiago advierte que surgirá el fraude: «Lo que sucederá naturalmente es que los facultativos de las aldeas dejarán á los Alcaldes certificaciones con el nombre del muerto en blanco para que lo cubran ellos llegado el caso»<sup>150</sup>; tampoco tiene sentido el exigir que el párroco convoque dos testigos para que firmen las partidas, cuando sería más sencillo «que al principio del año lea el párroco al ofertorio de la misa todas las del anterior para que los interesados le adviertan de si ha habido alguna omision ó equivocacion», o el artículo 342, por el que se multiplicarán los libros y el peligro de extravío «además de aumentar la confusion y el embarazo para hallar y comparar las partidas». En términos parecidos

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>148</sup> Exp. del obispo de Lugo, cit., p. 36.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>150</sup> Exp. del arzobispo de Santiago, cit., p. 7.

crítica el obispo de Lugo los artículos 362, 363 y 364, pues son «impracticables, á no ser en pueblos mayores»<sup>151</sup>.

La prevalencia de la búsqueda de la verdad por encima de las formalidades o presunciones en la determinación de la filiación en su relación con el Registro se manifiesta en la crítica de los artículos 356 y 373, que realiza el arzobispo de Santiago, quien aprovecha la ocasión para mostrar su disconformidad con el artículo 127, donde se prohíbe la investigación de la paternidad. Si se trata de prohibir averiguarla con investigaciones judiciales, sea, pero si se trata de averiguar si existe un impedimento de parentesco entre dos personas que van a contraer matrimonio, el obispo podrá hacer las pesquisas que sean necesarias, pues en caso contrario «se nos atarían las manos para resolver prudentemente en muchas ocasiones si este (el hijo ilegítimo) puede ó no efectuar el matrimonio que intenta»<sup>152</sup>. En cuanto al 356, «sería perjudicialísima por este conjunto de formalidades embarazosas que retraerían á muchos padres de reconocer á sus hijos ilegítimos», sobre todo en el caso de la madre con pocos recursos; la Iglesia, aun cuando falten las formalidades, «no dejaría de admitir los efectos canónicos [...] Por esta razón, es muy importante para la Iglesia insertar en las partidas el nombre del padre ó madre del ilegítimo cuando aquellos lo reconocen ante el párroco, ó cuando es cosa notoria. La autoridad podrá negar los efectos civiles al reconocimiento que no conste en escritura pública, pero la Iglesia no podría prescindir de los efectos eclesiásticos cuando por otros medios tenga certidumbre del hecho»<sup>153</sup>. En realidad, los efectos también serían civiles, pues el principal efecto eclesiástico sería impedir el matrimonio canónico, único que se admite en el Proyecto de Código Civil, en el caso que exista parentesco. El obispo de Lugo eleva su crítica paralela al artículo 356, del que alaba la parte correspondiente al padre pero no la que se refiere a la madre que no se ha ocultado, ya que ésta evitará el reconocimiento únicamente por los gastos, lo que «ocasionará graves embarazos despues para conocer los parentescos y bendecir los matrimonios»<sup>154</sup>.

La tercera manifestación del principio de veracidad corresponde al artículo 373, al que el arzobispo de Santiago responde con la denuncia de la vulneración que dicho artículo supone al «derecho que han tenido siempre los obispos para rectificar una partida que lo necesite, así como para mandar estender las que por descuido ó malicia se hayan omitido. Del mismo modo que á estas rectificaciones hechas en virtud de una informacion de testigos como se acostumbra, no pueden negarse los efectos eclesiásticos sin una manifiesta arbitrariedad, así tambien para que

---

<sup>151</sup> En Galicia desde luego, opina el obispo, no podrán cumplirse los preceptos citados, lo que debe hacer recapacitar a los redactores del Proyecto quienes deben «pesarlo todo, antes de establecer una ley que se violará por necesidad, y llegará por fin á ser despreciada, o dará lugar á persecuciones injustas». Exp. del obispo de Lugo, cit., pp. 36 a 37.

<sup>152</sup> Exp. del arzobispo de Santiago, cit., p. 6.

<sup>153</sup> *Ibidem*, pp. 4 a 5.

<sup>154</sup> Exp. del obispo de Lugo, cit., p. 36.

surtan efectos civiles, podrá la autoridad temporal exigir los requisitos consignados en el artículo u otros que mejor les parezca»<sup>155</sup>.

### 2.3.3 Las disposiciones de contenido patrimonial

Las medidas contra el enriquecimiento patrimonial de la Iglesia ocupan una pequeña parte tanto del informe del arzobispo de Santiago como del obispo de Lugo. El primero no parece reparar en el comentario de García Goyena al artículo 608, por el que anuncia que desaparece tras la firma del Concordato, pues él mismo lo solicita con el mismo motivo, así como la eliminación del artículo 944, basándose en el mismo artículo 41 del Concordato. Junto a éstos, critica suavemente los artículos 611 y 613, cuya redacción califica de oscura y poco ajustada a la intención de los redactores.

Por su parte, el obispo de Lugo se limita a exponer que los artículos 608 y 944 traslucen la prevención contra las manos muertas, prevención que no debería existir «después que la revolución las desposeyó de todo: después que el erario público se resiente de la enorme carga que pesa sobre él desde la venta de sus bienes: después que mil esperiencias y desengaños hicieron ver cuanto mas ventajoso era el estado mismo que la Iglesia se mantuviese de sus rentas propias; después en fin que con la caída de las corporaciones eclesiásticas se ve aparecer ese pauperismo que tanto fatiga y degrada, y á tantos trastornos da origen en otras naciones. Tampoco me detendré en este punto [...] porque estoy seguro de que el Gobierno de S. M. está altamente convencido de cuanto pudiera decir; y ya en fin porque el concordato novísimo con la Santa Sede, publicado después de la redacción de esos artículos, obligará necesariamente á suprimirlos ó reformarlos»<sup>156</sup>. Las disposiciones contenidas en los artículos 611 y 610, «cuyo sentido está poco determinado, y dará lugar á que se cometan injusticias», ponen punto final al informe.

Finalmente, el arzobispo de Santiago censura los artículos 1649 y 1650 porque dan entrada a la usura, contraria a la moral y a las buenas costumbres, y «una de las graves calamidades que estan pesando sobre el pueblo español». En su despedida, el arzobispo recuerda al Gobierno que al redactar definitivamente el texto del Código Civil deberá tener presentes sus observaciones «para no establecer en él cosas que estan en oposicion con la ley de Dios y las sabias prescripciones de la Iglesia»<sup>157</sup>.

## 2.4 EL INFORME DE LA IGLESIA DESDE CATALUÑA

Mientras los informes gallegos, aun cuando siguen un mismo patrón, se envían por separado, los representantes de la Iglesia en Cataluña se

<sup>155</sup> Exp. del arzobispo de Santiago, cit., p. 7.

<sup>156</sup> Exp. del obispo de Lugo, cit., p. 37.

<sup>157</sup> Exp. del arzobispo de Santiago, cit., p. 8.

agrupan alrededor del arzobispo de Tarragona y elevan un comentario común <sup>158</sup>. Esta es la razón por la que podemos titular este apartado como la reacción de la Iglesia en Cataluña, sin caer en el peligro de una identificación entre determinados mandatarios de la Iglesia católica y un territorio concreto.

Firman el documento Florencio, obispo de Gerona; José Domingo, obispo de Barcelona; Damián, obispo de Tortosa; Pedro Cirilo, obispo de Lérida, y Antonio, arzobispo de Tarragona. La coordinación de todos ellos constituye la primera característica de este informe, el que más cuestiones aborda. También es el que utiliza mayor variedad de argumentos, fundamentalmente tres: el primero, el Derecho canónico es el determinado en el Concordato y al ser éste ley de especial rango en España, el Código Civil debe adaptarse, ceder, ante la legislación canónica; el segundo es un argumento sociológico: España es en su mayor parte rural y católica, con lo que las innovaciones no tendrán una buena acogida. Y por último, razones de índole puramente económica.

El tono general del informe es algo amenazador, con alusiones a la moralidad pública, a la necesidad de defender a la familia a la que ataca el Proyecto y con lo que se ataca a la sociedad misma y al Estado; llegan a la irritación ante las prohibiciones por un lado y los mandatos a los párrocos por otro, lo que les lleva a elogiar el Código francés en el que al menos existe la coherencia de no tener en cuenta para nada a la Iglesia.

Junto con los puntos inexcusables, que veremos en primer lugar, el comentario de los obispos catalanes se extiende a otras cuestiones, como los hijos ilegítimos o la necesidad de fomentar las vocaciones religiosas, donde aporta argumentos de diversa índole.

#### **2.4.1 La regulación del matrimonio**

El tema del matrimonio, como es lógico, es especialmente tratado. Los esponsales de futuro han constituido uno de los objetos incuestionados de la jurisdicción canónica durante siglos y así se expresa en el Concilio de Trento <sup>159</sup>; «la persuasión en la que ha estado siempre la Iglesia, la posesión mas que secular é inmemorial que tiene en su favor y de la cual ha gozado tranquilamente siempre, la índole propia y peculiar de los esponsales, todo persuadía en no tocar á ellos al menos sin oírlos y esperar una contestacion» <sup>160</sup>. El malestar de la Iglesia es mayor aún debido a que «se le manda decisivamente como á un subdito cualquiera que se abstenga del conocimiento de estas causas».

Tampoco reciben bien los comentarios de García Goyena, en los que califica de error de la Iglesia el creerse con derecho a legislar en esta

---

<sup>158</sup> Exposición del arzobispado de Tarragona y sufragáneos, fechado el 21 de junio de 1852, ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 5, documento 2. Como en otras ocasiones, se incluye la paginación en el texto principal. La paginación comienza por el núm. 11.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 12.

materia y en mantener esta institución. Frente a esta acusación responden los obispos que las circunstancias que durante siglos hicieron de los esposales de futuro una institución útil siguen existiendo y la mayor parte de la población cumple los mandatos de la Iglesia:

«La clase agrícola casi sin escepcion, y de las otras todos aquellos miembros que mas se rozan y simpatizan con ella son todavia ahora profundamente religiosos [...] fieles á sus deberes morales [...]. Si la España cuenta quince millones de ciudadanos, puede asegurarse que para los doce las circunstancias en esta parte son las mismas absolutamente que eran dos, tres, y aun mas siglos atras.»

El argumento sociológico es utilizado una vez más, junto con un principio que la propia CGC había incorporado como línea de actuación y que ahora alegan los obispos catalanes: «la maxcima fundamental de jurisprudencia es que para la introduccion de un derecho nuevo y mucho mas si fuere derogatorio de otro antiguo debe concurrir ó una evidente utilidad ó una urgente necesidad»<sup>161</sup>, cosa que para ellos evidentemente no se produce. ¿Por qué razón han podido los redactores del Proyecto pensar lo contrario? A juicio de los obispos porque no han tenido presente «sino á la sociedad que han visto mas de cerca, y toda la restante ó bien la han medido por ella no obstante de estar en diametral oposicion suya, ó bien la han dejado absolutamente desatendida»<sup>162</sup>. La posibilidad de utilizar la reforma legislativa como instrumento para introducir nuevas ideas y valores no es tenida en cuenta, sino que se parte de la idea de legislar en función de cómo es la sociedad, no de cómo desearían los redactores que llegara a ser.

Acerca del artículo 49, por el que se consideran válidos en España los matrimonios entre extranjeros válidamente constituidos en su respectivo país, opinan que infringirá a la moralidad pública una «honda herida» ya que serán considerados en plano de igualdad en cuanto a sus efectos civiles matrimonios sin carácter sacramental<sup>163</sup>. Esto contribuirá a aumentar el «estado de lamentable relajacion en el que se encuentran los vínculos matrimoniales» y al perjuicio de las familias y con ellas el Estado. El salto de la protección de la familia a la protección y seguridad del Estado es una nota común a varios informes.

En relación con el artículo 75, el informe opta por recoger el canon 12 de la sesión 24 del Concilio de Trento, «ley en España desde el momento mismo de su publicacion»; el canon es general y abarca los supuestos de divorcio ya que «¿Puede acaso ecistir nadie mas á propósito para conocer del efecto intrínseco á un acto, que el mismo que es el único para conocer del acto, de su naturaleza y de su esencia...?»<sup>164</sup>. Los obispos atribuyen esta novedad al influjo del Código francés y advierten que la

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 16.

Iglesia católica podrá no reclamar o no protestar (aunque en realidad ya lo está haciendo) «pero adhesión, pero aprobación, pero una señal cualquiera de consentimiento, puede V. E. estar seguro de que no se la arrancará. ¿Y por que ponerla en este nuevo compromiso?»<sup>165</sup>.

En lógica con su oposición al artículo 75, tampoco aprueba el artículo 76, donde se recogen menos causas de divorcio y con sensibles diferencias respecto a las establecidas por el Derecho canónico; las critica una a una pero, «sean pocas ó muchas las diferencias ó contradicciones, entre la legislación canónica y la civil que se intenta introducir, lo mismo tiene. Una sola sería mas que suficiente para que se retocase el proyecto en el artículo que nos ocupa»<sup>166</sup>. Por el contrario, se considera al artículo 77 demasiado tajante, pues existen supuestos en que la Iglesia admite la separación por mutuo acuerdo, como cuando ambos cónyuges deciden entrar en una orden religiosa o el sacerdocio, etc.<sup>167</sup>.

#### 2.4.2 Otras cuestiones

Junto con la cuestión matrimonial, el informe comenta otros puntos del Proyecto no ya relacionados directamente con la Iglesia, sino otros donde cree necesario dar su punto de vista.

En este segundo caso se encuentra la crítica del artículo 100 del Proyecto, al que no encuentran fundamento<sup>168</sup>. No comprenden cómo un matrimonio declarado inexistente será considerado como válido a la muerte de los cónyuges en lo que respecta a la situación legal de los hijos que quedaran. La equiparación a los hijos legítimos es excesiva: «hubiéranse dejado en el goce de los derechos civiles que les da la legislación vigente; esto era lo bastante y en verdad todo lo mas á que en buena moral pueden aspirar. La nueva disposición es ó inútil, ó muy poco conforme al decoro de las familias y á los principios de sana moralidad»<sup>169</sup>.

No es nueva la crítica de la regulación del Registro del estado civil. La principal, el trato que reciben los párrocos en el articulado:

«Se dispone de ellos con la misma libertad que pudiera hacerse de un ciudadano cualquiera el menos considerado y el mas infeliz; se les imponen obligaciones graves sin ninguna intervencion del poder eclesiástico, obligaciones por otra parte de dificilísimo y aun imposible cumplimiento [...] se les pone en la categoría de unos meros emplea-

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>168</sup> Artículo 100: «Cuando el hombre y la muger, que han vivido públicamente como esposos, falleciesen con este concepto, sus hijos se presumen legitimos, si esta calidad consta de su partida de bautismo.

Nadie podrá contradecir esta presuncion por la sola circunstancia de no presentarse la partida de casamiento de los esposos.

Lo mismo se observará cuando la ausencia ó enfermedad de los padres les impidieren manifestar el lugar en que se casaron».

<sup>169</sup> *Ibidem*, pp. 22 a 23.



dos publicos [...] se les sujeta en sus operaciones á la fiscalizacion de un empleado meramente civil, y este mismo no aun de superior categoria; se les pueden imponer por este multas pecuniarias tales que en su maximum absorben en muchísimos casi toda su dotacion del año...»<sup>170</sup>.

El cúmulo de críticas se traduce en una acusación directa: «amargado nuestro corazon con el mas acerbo dolor recordemos aquí la terminante disposicion del artículo 43 del reciente Concordato»<sup>171</sup>; éste es ley en España «y no una ley simple ó una ley cualquiera, sino una de las mas solemnes y calificadas que pudieran darse»<sup>172</sup>. La inspiración de este sistema no ha venido ni del Derecho canónico, ni de la legislación histórica española, ni siquiera del Código Civil francés que, en una demostración de coherencia, establece para el registro un sistema de funcionarios civiles. Los obispos no se explican la razón y sugieren que tal vez los redactores «hayan creído que así dispensaban un honor al brazo eclesiástico confiándole una parte de la publica administracion». Y tras un recuerdo lleno de efectos dramáticos de anteriores persecuciones termina: «No son los saqueos, ni los incendios, S. E. lo que mas teme la Iglesia, sino las heridas que se abren á su jurisdiccion, á su inmunidad, á su independencia»<sup>173</sup>.

Ya dentro del ámbito patrimonial, el artículo 611<sup>174</sup> «constituye al poder civil arbitro de las disposiciones piadosas, ó cuando menos ejecutor de ellas; y el Concilio de Trento, para omitir otras sanciones canonicas, reviste de este carácter á los solos Obispos». El 611 transforma una disposición piadosa en otra por medio de una disposición general, «aplicable por consiguiente á todos los casos». Los obispos proponen la solución de una manera casi sarcástica: «Una de dos ya, ó bien retirar el artículo del proyecto, ó derogar el derecho canónico vigente, y con este el Concordato que lo confirma. La derogacion del derecho canonico sin la intervencion de la autoridad eclesiastica, la del Concordato sin el concurso de los dos Poderes, el eclesiastico y el civil, son cosas de todo punto imposibles. La omision ó reforma sustancial cuando menos del artículo es el único estremo que queda»<sup>175</sup>.

Otra medida en materia testamentaria con la que no se conforman es la prevista en el artículo 703<sup>176</sup>; la oposición se centra en el distinto trato

<sup>170</sup> *Ibidem*, pp. 23 a 24.

<sup>171</sup> «Todo lo demas perteneciente á personas ó cosas eclesiásticas, sobre lo que no se provee en los articulos anteriores, será dirigido y administrado segun la disciplina canonicamente vigente.»

<sup>172</sup> I. Tribunal de la Rota, cit., p. 24.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>174</sup> Artículo 611: «La disposicion universal ó de una parte alicuota de los bienes que el testador haga en favor de su alma, sin determinar la aplicacion, ó simplemente para misas, sufragios, usos ú obras pias, se entiende hecha á favor de los pobres en los términos del artículo anterior.»

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>176</sup> Artículo 703: «El legado hecho simplemente á un menor para tomar estado, sin expresion del cual haya de ser, se entregará al legatario así que cumpla la mayor edad.

El hecho á un mayor de edad se entenderá para tomar estado de matrimonio, y se le entregará cuando lo tome». García Goyena en su comentario al artículo explica que el tes-

que reciben los legatarios a quienes se deja un legado para tomar estado según hayan alcanzado o no la mayor edad, con clara restricción en el segundo caso, ya que sólo se mantendrá su legado si contrae matrimonio, mientras que si ingresa en una orden religiosa o en el sacerdocio, el legado caduca; en el caso del menor de edad es válido tome la decisión de casarse, de ser religioso o ninguna de las dos. Los obispos consideran que se trata de una restricción «que ni las palabras ni la mente del testador autorizan» y que claramente favorece al matrimonio en detrimento del sacerdocio. Los redactores «no han consultado en esta parte ni los sentimientos del pueblo español, ni los intereses materiales mismos del Estado»<sup>177</sup>. Respecto de lo primero, además de recordar una vez más que el pueblo es mayoritariamente católico, los obispos aseguran que las familias ven con mayor satisfacción la entrada en el sacerdocio de uno de sus hijos que en su matrimonio, con lo que el artículo no responde a la realidad social; respecto a los intereses materiales del Estado, califican la medida de «verdadero anacronismo aun no ateniendonos mas que á los principios económicos y á las ideas liberales mismas»<sup>178</sup>. A continuación, se añaden unas consideraciones sorprendentes acerca del aumento de la natalidad y la necesidad de reducir el número de matrimonios:

«No hay filósofo, no hay economista por poco que esté versado en los principios de la poblacion, que no esté intimamente persuadido de que lo que interesa es detenerla en su desarrollo siempre rapido y violento [...] la poblacion, aparte causas particulares, crece siempre en proporcion mucho mayor que los medios de subsistencia. La miseria, el hambre, la mortandad mas horrorosa habrian de ser en todo pais, á un plazo mas ó menos largo, la consecuencia inevitable de este desequilibrio si no se echase mano de un fuerte contrapeso á los progresos rápidos de aquella. No son precisamente las teorías de Malthus, sino los principios inconcusos de la ciencia económica bien deslindados quienes han dado esta verdad. Los sabios del siglo se afanan en busca del contrapeso forjando mil proyectos, pero sin resultados todos, porque falsean por su base. Se buscan fuera del catolicismo; y ¡miserables! lo que dan es ó la ridiculez ó la imposibilidad ó la inmoralidad y degradacion de la especie humana»<sup>179</sup>.

Los obispos tienen su propia propuesta: fomentar el celibato religioso, que es «una institucion eminentemente social, y lo es en consecuencia el catolicismo que le introduce y canoniza. Este es el estado actual de la ciencia económica. ¿Podria ya ser mas inoportuna, por no decir otra cosa, la medida del artículo que analizamos, como que toda su tendencia es á retraer del Sacerdocio, á retraer del celibato religioso otro de los celestia-

---

tador está pensando en otro estado distinto al celibato «y ninguno es tan favorable como el de matrimonio».

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 30.

les caracteres de él, á invitar al matrimonio, y á escitar al desarrollo de la poblacion cuando las mas altas consideraciones de humanidad y bienestar social obligan á contenerle dentro ciertos y bien precisos limites?»<sup>180</sup>.

Criterios económicos aparte, la Iglesia se ve perjudicada, pues «se la cercena el número de los operarios en ocasion precisamente que mayor necesidad tiene de ellos: sufre en primera linea porque es con ella directamente con quien habla la medida» por lo que aboga por su supresión.

Los restantes artículos comentados son dos: el 983, que prohíbe el juramento en los contratos: «Convenimos en que seria de desear, y lo deseamos como el que mas, que en los contratos no se interponga ya juramento para corroborarlos; pero no podemos convenir en que si se interpusiese se tenga por no puesto»<sup>181</sup>, debido al respeto debido al juramento. «Proscriban norabuena este acto religioso de los contratos; pero esto no obstante si se interpone, evítese el perjurio, imponiendo al contrayente que inste la rescision del acto jurado el cargo de procurarse ante todo una absolucion que a nadie se niega». El segundo y último es el artículo 1332<sup>182</sup>, porque en él los obispos de Cataluña descubren una legitimación del juego «no precisamente del lícito y permitido, sino del ilícito mismo y prohibido», ya que «de la aprobacion de los efectos de un acto á la del acto mismo es ya muy poco lo que va».

Finalizan asegurando que al redactar el informe no han visto enfrente al Gobierno «sino solamente á unos particulares, que cualquiera que sea su erudicion y su talento, pueden sin embargo incurrir en error; y por desgracia en él han incurrido efectivamente, porque lo es sin duda todo lo que está en oposicion con lo que dice ó sanciona la Iglesia. No es esta felizmente la posicion de V. E. (el Ministro de Gracia y Justicia), y nos lisongeamos con la grata idea de que la Iglesia encontrará en V. E. un firme protector en el nuevo peligro en que se ve amenazada. Jamas esta digna esposa del Crucificado, debajo un Gobierno Catolico funcionando con regularidad, se ha visto en la dura posicion de tener que tomar en boca la maxima que la legaron los Apostoles, *obedire oportet Despotius quam hominibus*. Tampoco se verá en ella en la catolica España: esta es nuestra firme conviccion, siendo V. E. uno de los que tienen en sus manos las riendas del Gobierno»<sup>183</sup>.

La valoración de la crítica de la Iglesia católica española según se desprende de los informes vistos es francamente desfavorable. Sus informes son los más tajantes de los enviados al Ministerio de Gracia y Justicia. A pesar de estar limitada su crítica a unos puntos muy concretos del Proyecto su postura es irreductible. La regulación del matrimonio que

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>182</sup> Artículo 1332: «Lo perdido y satisfecho durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquiera clase de juego, no disminuye su parte respectiva de gananciales. Lo perdido en juego ilícito por el marido y no satisfecho, es cargo de la sociedad legal».

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 33.

interfiere en la normativa y jurisdicción canónicas, el control que establece sobre el registro parroquial a la vez que se sirve de él para sus fines, las limitaciones en el terreno económico, revelan el regalismo e incluso cierta desconfianza hacia las instituciones y personas que componen la Iglesia. Con estos datos, la crítica de la Iglesia es la previsible, más aún tras el refuerzo que suponía a su posición la reciente firma del Concordato entre la Santa Sede y el Estado español.

La falta de decisión de los autores del Proyecto de Código Civil para llevar hasta el final la separación de la Iglesia y del Estado dotó de mayor fuerza a la réplica de la primera. Ésta contaba además con la confesionalidad del Estado y con el Concordato. El Proyecto, con una regulación ecléctica y confusa, era indefendible en esas coordenadas y la necesidad de su modificación quedaba de manifiesto si se pretendía, como así era, mantener intactas las recién estrenadas relaciones con la Santa Sede tras largos años de conflictos.

Dentro de la crítica de la Iglesia, es la cuestión matrimonial, y dentro de ella, la atribución de las causas de divorcio a la jurisdicción civil (así como la potestad normativa, pues el artículo 76 regula las causas de aquél), la que se constituyó como el principal obstáculo. Pero junto con este punto, el Proyecto incluía medidas en materias registral y patrimonial, que provocaron una mayor reacción de la Iglesia.

La regulación del Proyecto en materia matrimonial, esencialmente invariada desde la aprobación de las bases en 1843, regalista aun cuando diga defender una separación entre la Iglesia y el Estado, no tuvo en cuenta ni la variación del estado de las relaciones con la Iglesia durante los años de elaboración del Proyecto ni los prudentes criterios de conveniencia y de oportunidad política.

### **3. LA CRÍTICA DE LOS JURISTAS CONTEMPORÁNEOS**

El segundo de los tres frentes de crítica que se abrieron contra el Proyecto es el compuesto por los juristas, la crítica técnica y en principio la de mayor trascendencia. A ellos les afecta de manera especial, no sólo como ciudadanos, la promulgación del Código Civil. Son los encargados de aplicarlo, de enseñarlo, de comentarlo. Por esta razón, la Real Orden de 12 de junio de 1851 va dirigida de manera especial a los tribunales y a todos aquellos que se sientan directamente implicados en la reforma.

De la misma manera que es a los informes de la Iglesia católica adonde debe acudir para comprobar la repercusión y la envergadura del rechazo de la regulación del Proyecto en las materias que le afectan, es en el estudio de la crítica de los juristas contemporáneos donde deberán confirmarse, completarse con otras o matizarse dos de las críticas más generalizadas, la de su afrancesamiento y la de su olvido de los Derechos forales

como expresión de un Código centralizador y castellanizante. Además podremos conocer su opinión acerca de los puntos de roce con la Iglesia y sobre otros puntos del Proyecto cuya crítica es menos conocida.

La crítica de los juristas no se reduce a la publicada por la doctrina de la época; es más, en 1851 se acude de manera primera y principal a los tribunales para que emitan su parecer y se invita a las Facultades de Jurisprudencia a que hagan lo mismo. Lamentablemente, dentro de las segundas sólo respondió la de Salamanca, pero de su informe y de los enviados por varias Audiencias Territoriales se extraerán interesantes conclusiones. La importancia de unos y otros informes es desigual, pero su conocimiento en conjunto permitirá dar a la crítica que se elevó en contra y a favor del Proyecto la importancia y la trascendencia correctas; además, nos acercará a la reacción primera que produjo la publicación del Proyecto en 1851, antes de que su fracaso fuera utilizado o interpretado según unos u otros intereses o desde contextos distintos al del momento de concluirse el Proyecto.

Este apartado ha sido dividido en razón del origen de los informes, con lo que en primer lugar se analizarán los de las Audiencias Territoriales, a continuación el enviado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Salamanca, y, finalmente, la crítica doctrinal que se difundió a través de diarios y revistas.

### 3.1 LAS AUDIENCIAS TERRITORIALES

#### 3.1.1 Introducción

Las destinatarias «naturales» de la petición de informes contenida en la Real Orden de 12 de junio de 1851 fueron las Audiencias Territoriales (AA. TT.), tanto sus regencias como sus ministerios fiscales, además del Tribunal Supremo<sup>184</sup>.

La vinculación de los tribunales a la realidad jurídica española se tuvo presente a lo largo de todo el proceso de elaboración del Proyecto. Así, los componentes de la CGC eran en un número significativo magistrados; las AA. TT. habían sido consultadas –así como algunos Colegios de Abogados– en puntos como la hipoteca y el registro público y algunas de ellas en los primeros momentos a propósito de concretas instituciones forales. Cuando en 1851 se insta a la opinión pública acerca de la totali-

<sup>184</sup> Contestaron dando cuenta de haber recibido el ejemplar del Proyecto de Código Civil para cumplir con lo ordenado en la Real Orden de 12 de junio de 1851 desde el Tribunal Supremo y su fiscalía, así como desde la regencias y fiscalías de las Audiencias de Madrid, Valladolid, Pamplona, Zaragoza, Granada, La Coruña, Oviedo, Valencia, Cáceres, Sevilla, Barcelona, Canarias, Mallorca, Albacete y Burgos. Por último, también envían acuse de recibo desde el Tribunal Especial de las Órdenes Militares, tanto del decanato como de la Fiscalía. ACGC, sección civil, legajo 15, carpeta 1, documento 2 (contiene todos los oficios citados). Lamentablemente, no se conserva el informe del Tribunal Supremo. Por esta razón, el epígrafe hace referencia a las Audiencias Territoriales exclusivamente.

dad del Proyecto, su punto de vista no podía faltar. A través de sus comentarios se desprende una crítica generalmente constructiva y un apoyo, si no entusiasta, al menos sí decidido en favor de la promulgación del Proyecto, una vez, eso sí, revisado y corregido.

Sin embargo, la respuesta fue en cierta manera decepcionante. La urgencia y la importancia de la reforma del Derecho civil parece que debían haber motivado el estudio detenido del Proyecto por parte de la magistratura, para poder enjuiciarlo y mejorarlo, pero las AA. TT. respondieron a la llamada del Gobierno de muy distinta manera. Algunas de ellas ni siquiera enviaron el informe rogado; es el caso de las AA. TT. de Madrid, Cáceres, Albacete, La Coruña, Burgos y Valladolid. De las nueve que lo enviaron, una parte se limitó a valorar el Proyecto de Código Civil de una manera global y un tanto superficial, con algunos comentarios acerca de las innovaciones más destacadas: Barcelona, Canarias, Granada y Valencia pertenecen, en distintos grados, a este grupo. Finalmente, los informes más técnicos y los que revelan un estudio más detallado del Proyecto son los enviados desde Oviedo, Sevilla, Palma de Mallorca, Pamplona y Zaragoza<sup>185</sup>. Estos cinco informes constituyen el armazón de la crítica de las AA. TT.

Las razones de la escasa respuesta pudieron ser varias. Junto con la eterna invocación a la acumulación de trabajo, tal vez se intuía la paralización del proceso codificador civil, o tal vez las AA. TT. que no emitieron su informe prefirieron esperar a la experiencia y a su aplicación práctica para emitir sus críticas; en cualquier caso, la polémica acerca del Proyecto no se produjo, como se verá, en el ámbito jurisdiccional. Los tribunales, aun cuando encuentran graves y peligrosas algunas innovaciones, coinciden en apoyar la publicación del Código Civil; las imperfecciones y errores —opinán— siempre se podrán ir mejorando y subsanando a medida que se vaya aplicando, pero, ante todo, es necesario abordar la reforma de una normativa caduca, confusa y tan complicada que colapsa la administración de justicia.

Mientras que en el caso del Código Penal, cuya reforma se debatía por las mismas fechas, el Ministerio de Gracia y Justicia había enviado una serie de preguntas para que fueran contestadas por las AA. TT., con lo que delimitaba la discusión, en el caso del Código Civil se dejaba libertad absoluta para valorar el Proyecto. Es cierto, sin embargo, que la Real Orden de 12 de junio sugiere en su exposición de motivos cuáles son las principales preocupaciones del Gobierno en lo que respecta a la repercusión del futuro Código. Las innovaciones en el Derecho de familia por una parte, y la reacción ante la nueva legislación en los territorios forales son los dos grandes temas que la Real Orden pone sobre la mesa.

Respecto del Derecho de familia, la invitación es seguida por casi todas las Audiencias, que dedican una gran parte de sus informes a su

---

<sup>185</sup> Estos dos últimos revelan cierto paralelismo que parece indicar que existió una comunicación entre ambas Audiencias, de manera que la de Pamplona podría haber conocido el informe aragonés, enviado varios meses antes que el navarro al Ministerio de Gracia y Justicia.

reforma y sus opiniones son más bien homogéneas; respecto de la cuestión foral, la respuesta fue menos uniforme y no siempre coincide el interés en la respuesta con la vinculación de las AA. TT. a los Derechos forales; es decir, la cuestión es tratada por Audiencias que no aplican Derechos forales, como la de Sevilla, y en cambio no es ni siquiera mencionada por la Audiencia de Barcelona. Estos son, en realidad, dos casos excepcionales porque el resto de las Audiencias que aplican Derechos forales, como la de Pamplona, la de Palma de Mallorca y la de Zaragoza, hacen comentarios expresos acerca de las innovaciones que afectan a instituciones forales.

En cuanto a la forma de los comentarios, la libertad de enfoque dio lugar a una relativa variedad de sistemas, si bien en general los informes largos optan por seguir estrictamente el articulado. En relación con esta característica, hay que advertir que una parte considerable de la crítica de los informes extensos se dedicó a cuestiones muy específicas, bien en el plano técnico, bien referidas a la redacción del texto, que consideradas una a una no se incluyen en el presente trabajo <sup>186</sup>. En cualquier caso, su elevado número constituyó un motivo más para solicitar una detenida revisión del Proyecto.

### 3.1.2 La valoración de conjunto positiva; su espíritu pragmático

La nota más destacable desde el presente análisis de conjunto es sin duda la buena aceptación que tuvo el Proyecto entre las AA. TT.; esta afirmación debe ser inmediatamente matizada con una precisión: todas ellas dan por hecho que el texto va a sufrir unas modificaciones finales, pues para eso han sido requeridos sus informes. Pero esta revisión, siendo necesaria, no es incompatible con el respaldo que le otorgan.

Su valoración favorable nace de la consideración del Proyecto como la solución, más o menos perfeccionable, al caos normativo e inseguridad jurídica que sufren muy directamente. El objetivo de reformar un Derecho civil, en muchos aspectos caduco y confuso, así como el de conseguir una seguridad jurídica beneficiosa para quienes aplican el Derecho y en general para toda la sociedad se cumplen suficientemente con el Proyecto presentado, al que alaban por su claridad y concisión. En este sentido, la Audiencia de Sevilla le dedica palabras de elogio: «Los Magistrados en particular podrán entonces dictar sus fallos con conciencia tranquila y segura, pues sabrán que la lei reduce sus oráculos á un pequeño volumen, de posible estudio y fácil consulta», beneficio que no se limita a los jueces, sino que se extiende a toda la población: «Esta tranquilidad de con-

---

<sup>186</sup> Realiza un elenco bastante ilustrativo, siguiendo el orden del Proyecto, LASSO GAITE, en *Crónica...*, o. c., 4, vol. I, pp. 243 a 285, donde se recogen además de las opiniones de las AA. TT., otras del resto de los informes y parte de las doctrinales. En la tesis doctoral a la que pertenece este trabajo nos detenemos brevemente en la crítica puramente técnica del Proyecto. Son objeto de interés general el Consejo de familia, las servidumbres, el usufructo, el contrato de matrimonio entre otros.

ciencia, esta seguridad de ánimo en los Magistrados es por otra parte un estímulo para su laboriosidad en todo lo relativo al ecsamen de los hechos y garantía de acierto con que puede acallar la lei la suspicacia de los litigantes»<sup>187</sup>.

La buena acogida del Proyecto como solución al problema de la inseguridad jurídica y de la inadecuación de las normas a las necesidades de la sociedad española del momento, pone de manifiesto la visión esencialmente pragmática de los tribunales. Esta tendencia a adaptarse a las condiciones reales se expresa en distintos aspectos de su crítica. En primer lugar, la mayoría de las AA. TT. proponen promulgar el Código Civil y posponer su crítica hasta que la experiencia de su puesta en práctica descubra sus defectos. Se refieren a la crítica de fondo, de política legislativa, más que a la revisión técnica, de la que son partidarias y a la que dirigen gran parte de sus comentarios. Así, la A. T. de Barcelona<sup>188</sup> aun cuando confiesa tener «varias dudas y aun temores [...] sobre si algunas de sus disposiciones producirán los felices efectos que se han propuesto sus Autores (... cree) que por ahora debían ser acatadas, hasta que la esperiencia acredite su conveniencia ó inconveniencia»<sup>189</sup>. La petición se repite a lo largo de los informes: desde las Canarias se insiste en la publicación del Proyecto dejando su crítica, y en su caso la reforma para cuando la experiencia de su puesta en práctica revele sus deficiencias<sup>190</sup>; en términos parecidos se manifiesta la A. T. valenciana: «Solo la aplicacion práctica del Código Civil podrá dar á conocer de lleno los defectos que tenga y dificultades que ofrezca en su ejecucion»<sup>191</sup>. Reiteran la necesidad de

---

<sup>187</sup> ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 2, documentos 5 y 5 bis, correspondientes a las observaciones generales el primero (a partir de ahora IATS, observaciones generales) y a las particulares el segundo (éste, a partir de ahora, IATS). Fechado el 30 de junio de 1852, el primer documento constituye una de las críticas más interesantes. La cita corresponde al documento 5, IATS, observaciones generales, cit., p. 5.

<sup>188</sup> IATB, ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 2, documento 4, p. 2. El informe de la Audiencia de Barcelona pertenece al grupo de los informes cortos, con valoraciones más generales. Sorprende la ausencia de cualquier tipo de referencia a las instituciones catalanas desaparecidas; el informe es en cualquier caso favorable al Proyecto, al que se refiere con tópicos y del que opina que gracias a él «verán asegurados sus mas preciados derechos, conciliados con mucho acierto las disposiciones de nuestras antiguas leyes con las que reclaman los adelantos y necesidades del siglo [...] llenando el vacío que se notaba en varias materias» (p. 2). Sus observaciones revelan conservadurismo y destaca su insistencia en la continuidad del Proyecto respecto del Derecho romano, así como su recelo ante las incipientes libertades individuales del Proyecto. El informe, fechado el 10 de julio de 1852, viene firmado por Jorge Guibert, Pantaleón Luzar, Carlos de Collantes, Pantaleón de Gaeinon, Vicente Alfonso y Martí, Manuel de Burgos y Bueno, Ignacio Vileilla, Antonio Álvaro Campaner, José Guerra, Fidel de Arana, Antonio M. González Crespo y Joaquín Promaguera.

<sup>189</sup> IATB, cit., p. 3.

<sup>190</sup> En palabras de la Audiencia, «dejando á la práctica la apreciacion positiva de las innovaciones que van a hacerse», IATC, ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 2, documento 8, p. 1. Otro de los informes cortos; en realidad no llega a serlo sino que la A. T. se limita a explicar por qué razones no lo envía (acaba de crearse la Audiencia y varios de sus miembros alegan haber participado ya en informes de las Audiencias en que trabajaban anteriormente). Está fechado el 30 de abril de 1853.

<sup>191</sup> IATV, ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 2, documento 2, p. 1. Fechado el 30 de diciembre de 1851, es un informe bastante breve que comienza con las felicitacio-



un Código Civil la A. T. de Palma de Mallorca <sup>192</sup>, quien alaba el estilo calificándolo de breve, claro y lógico y «del proyecto en general, elevado á ley, entiende la Audiencia que reportará a la Nación un gran beneficio. El tiempo y la esperiencia podrán mejorar algunas de sus disposiciones porque pocas son las obras de las dimensiones de la presente, que salgan perfectas de primera mano» <sup>193</sup> y la de Zaragoza, que felicita al Gobierno por «la compilacion en un código, único, claro, metódico y acomodado al estado social del pais» <sup>194</sup>.

Las felicitaciones por la claridad y sencillez de la redacción del texto son numerosas; la A. T. de Sevilla se muestra entusiasmada con este aspecto del Proyecto: «La redacción clara y sencilla, con evidentes mejoras, de las disposiciones dispersas en muchos y casi siempre contradictorios cuerpos de derecho; la decisión y aclaración de multitud de puntos dudosos, ó controvertibles [...] la destrucción de abusos y malas prácticas arraigadas tenazmente en nuestro foro; son beneficios inmensos, notorios, incalculables, que la Patria y la Justicia deberán al maternal corazón de S. M. desde el día en que el nuevo Código empiece á regir como lei del Estado» <sup>195</sup>.

Las siguientes palabras de la A. T. sevillana sirven de resumen a esta primera valoración positiva del Proyecto: «bien habrá podido conocerse desde un principio que la opinión de los Magistrados de la Audiencia de Sevilla es favorable á la publicacion del nuevo Código. Esta há sido la impresion que ha hecho en ellos el conjunto de sus reformas; y esto era lo que probablemente debía esperarse del ecsamen imparcial de una obra jurídica emprendida y terminada por algunos de los jurisconsultos mas competentes de España». Ahora bien, «el ecsamen analítico, imparcial pero inflexible, de cada una de sus partes, dá á conocer que no en todas hai igual perfeccion, y que sería de desear que una revision final y conienzuda diese feliz cima á la grande obra proyectada» <sup>196</sup>.

La verdadera crítica y reforma deberá hacerse tras un período de puesta en práctica, donde las innovaciones puedan demostrar su oportunidad y consecuencias: «en la piedra de toque de la práctica, que no es otra cosa que la experienciá misma, deben ensayarse los quilates de las

---

nes de rigor por la elaboracion del Proyecto. En términos comunes a otras AA. TT., emplaça para el futuro la verdadera crítica una vez que la práctica revele sus deficiencias.

<sup>192</sup> IATPM, ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 2, documento 7, p. 1. El informe es extenso; fechado el 19 de julio de 1852 sigue el orden del articulado.

<sup>193</sup> IATPM, cit., p. 24.

<sup>194</sup> IATZ, ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 2, documento 1, p. 2. Informe emitido el 2 de enero de 1852, corresponde al grupo de los informes largos y técnicos y puede que fuera conocido por la A. T. de Pamplona cuando ésta elaboró el suyo dada la abundancia de paralelismos. Se divide en dos partes: una dedicada a la valoración global del Proyecto y otra en la que se desgranar los artículos comentados por la Audiencia. La crítica es variada y acude a argumentos tanto morales como propiamente jurídicos. Abundan las correcciones de detalle y entre los firmantes destacan los nombres de Luis de Quinto y Luis Antón de Luzuriaga, sin que sepamos si existe una relación entre éstos y los dos miembros de la CGC.

<sup>195</sup> IATS, observaciones generales, cit., p. 4.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 16.

leyes, si no se quiere que las útiles reformas cedan su puesto á perturbaciones peligrosísimas»<sup>197</sup>.

El temor de las Audiencias ante un nuevo fracaso en la reforma del Derecho civil se concreta en su postura decidida en favor de la publicación del Código: las dudas sobre los resultados prácticos de determinadas innovaciones no deben impedir que salga adelante. Esta actitud favorable al Proyecto sin triunfalismos y consciente de los riesgos que entraña es común a varias Audiencias y viene a contrapesar las dudas que las innovaciones del Proyecto suscitaron entre algunos sectores de la población: «pero vagos recelos no autorizan para una impugnación *a priori*; y la prudencia y el patriotismo aconsejan que se ensayen esos sistemas que si logran aclimatarse entre nosotros, podrán dar mui buenos frutos como es evidente que los han dado en otros países»<sup>198</sup>.

El temor a un nuevo intento frustrado, nacido del miedo a la reforma, debe ser contrapesado con el miedo inverso, es decir, con la amenaza que supone mantener el Derecho civil español en una permanente crisis. «Si estas esperanzas se defraudasen, como cabe también en lo posible, al poder publico, al legislador que debe estar siempre despierto y vigilante, toca contener instantáneamente el mal, convirtiéndole solo en un amago pasajero. Este amago, esta perturbacion parcial y poco profunda, dado caso que llegue á verificarse, será todavía infinitamente menor, que el daño que un miedo escesivo, puede ocasionar á la causa pública, privando tal vez á nuestra Patria de un ensayo feliz que trasplante á ella riquísimos gérmenes de moralidad y de ventura»<sup>199</sup>.

Un segundo punto en el que se observa el talante práctico de los informes es la prioridad que otorgan a la reforma por encima del debate entre partidarios del sistema codificador y del sistema de leyes especiales. En el plan inicialmente previsto por la A. T. de Oviedo y finalmente no seguido, estaba previsto un octavo punto que pensaba dedicarse «A demostrar si seria mejor el nuevo proyecto de código á una reforma parcial de la legislación ecsistente, segun lo vengan dictando y reclamando las necesidades, refundiendo al tiempo de la reforma todo lo bueno que haya y deba conservarse para que el espíritu de la innovación no altere la fisonomía propia de la legislación castellana»<sup>200</sup>. Sin embargo,

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 10. La cursiva es suya.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>200</sup> IATO, ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 2, documento 10. Otro de los informes más extensos y técnicos. Sigue el articulado del Proyecto aunque éste no era el sistema inicialmente previsto. En el oficio que acompaña al informe la A. T. explica que éste fue elaborado por una comisión y aprobado por el pleno; en un principio se pensó ordenar las observaciones comenzando por el plan general del Proyecto, la redacción, las contradicciones, las omisiones, las normas que deberían suprimirse, la crítica de innovaciones «poco convenientes y que sean mal recibidas porque pugnen ó choquen con las costumbres, ó sean impracticables», los medios de superar los inconvenientes que pudieran surgir con su publicacion y finalmente «á demostrar si seria mejor el nuevo proyecto de código ó una reforma parcial de la legislación ecsistente, segun lo vengan dictando y reclamando las necesidades, refundiendo al tiempo de la reforma todo lo bueno que haya y deba

desde el punto de vista de las Audiencias, el debate no se refiere sólo a la superioridad de uno u otro sistema, sino también, y quizá principalmente, a la factibilidad de uno y de otro. De la lectura de sus informes puede deducirse que se apoya la publicación del Proyecto no tanto porque crean que un Código es el mejor instrumento para reformar el Derecho vigente —cuestión en la que no entran— sino porque el Proyecto supone una solución concretada, materializada, el intento más completo de solucionar el caos en que se encuentra el Derecho civil en ese momento. Las AA. TT. han sido testigos de los anteriores intentos de elaborar un Código Civil y no descartan un nuevo fracaso. Incluso si es necesario acudir a la reforma por medio de leyes especiales, hay quien adelanta su respaldo a este sistema.

En esta dirección se expresa la A. T. sevillana, al mostrar en un primer momento su opinión aparentemente contraria a la codificación del Derecho civil español: «Si únicamente desease el gobierno de S. M. que los Tribunales del Reino espusieran su parecer sobre la conveniencia de la formación de un Código Civil, es casi seguro que muchos de ellos, ó quizá todos, se opondrían abiertamente á este proyecto», para terminar afirmando que optar por no promulgarlo podría suponer el privar a la Nación «de un ensayo feliz que trasplantase á ella riquísimos germenos de moralidad y de ventura». Las razones que presenta para desconfiar de los intentos codificadores, «porque en su larga esperiencia conocen mejor las dificultades con que lucha necesariamente todo ensayo de codificación», se reducen en realidad a un motivo de carácter práctico. Elaborar un Código Civil es una labor legislativa complicada y entre tanto es urgente la reforma y clarificación del Derecho civil; por esta razón, la A. T. confía más en una reforma parcial, gradual, más modesta y factible: discutir una reforma total equivale a perderse en discusiones teóricas que no conducen a nada:

«nuestras leyes han menester en muchas partes urgentes reformas (*sic*) y (sabemos) que estas se alargan indefinidamente y carecen de ellas los pueblos mientras se discuten lenta y perezosamente para venir regularmente por término al escepticismo que produce casi siempre la discusión, principios evidentemente reconocidos como los más justos y saludables.»

Para la A. T. sevillana sería mucho más razonable una reforma parcial:

«Si una reforma parcial bastase por fortuna, no se debe ir más allá; porque el trabajo innecesario y los gastos supérfluos son siempre un

---

conservarse para que el espíritu de innovación no altere la fisonomía propia de la legislación castellana». Por razones de tiempo, tuvo sin embargo que seguir el sistema más sencillo de seguir el articulado. Es destacable en cualquier caso la sugerencia de una reforma parcial, como solución más posibilista en la medida que demora la solución del problema de la reforma y la unificación de las distintas regulaciones regidas por principios opuestos en los Derechos civiles españoles.

lujo estéril, cuando no constituyen un verdadero despilfarro», pero también porque «cuando una sociedad pasa de un estado á otro y en esta transición se desenvuelven nuevos intereses y necesidades apremiantes, mas bien que recurrir á la demolición de todo el edificio para construir otro, que será mejor ó peor, y que dejará entre tanto sin abrigo á los que antes cobijaba, parece conveniente recomponerlo sobre sus cimientos, con la sola escepción del caso de que estos se hallen también resentidos».

Para reforzar su postura pone como ejemplo de reforma total las Partidas, «que jamás han sido el primer cuerpo de derecho en nuestra España y su promulgación y planteamiento luchó desde el principio con dificultades insuperables»; en cambio, las leyes de Toro, a las que califica de «reforma parcial aunque profunda de nuestra legislación primitiva», «lograron ser desde el primer día la parte más autorizada de nuestra legislación». En todas estas consideraciones aparecen otros rasgos propios de la crítica de las AA. TT.: la prudencia y la tendencia conservadora.

El pragmatismo tiene otras manifestaciones. En coherencia con lo expuesto acerca de los objetivos que las AA. TT. buscan ver cumplidos con el Código Civil, una de sus críticas más repetidas a lo largo de los informes es, precisamente, la inseguridad jurídica que provocan algunos artículos del Proyecto, bien por ser demasiado vagos, por resultar confusos o bien por ser demasiado casuísticos. Los magistrados pretenden conseguir un articulado preciso, claro, completo, que no dé lugar a muchas interpretaciones y por tanto a muchos pleitos, pero que contenga un prudente margen para el arbitrio judicial.

La seguridad jurídica y fluidez en la administración de justicia son, probablemente, las dos principales metas que las Audiencias persiguen apoyando al Proyecto. No es extraño por tanto que junto a la denuncia de la defectuosa redacción de algunos artículos critiquen varias instituciones, alegando que constituirán fuentes de pleitos como, por ejemplo, advierten las AA. TT. de Pamplona y Zaragoza respecto del artículo 670<sup>201</sup>. La institución mayoritariamente criticada por esta razón es el testamento ológrafo. La A. T. de Barcelona «recela que en medio de tantas y tan repetidas falsificaciones de todo género que ocupan incesantemente á los tribunales, ha de dar motivo á que se aumenten muchas á que dar lugar la perfeccion á que ha llegado la suplantacion de documentos privados y

---

<sup>201</sup> Considera la primera que el artículo es peligroso por su vaguedad ya que casi siempre se intentará demostrar la reconciliación entre el heredero desheredado y el testador, IATP, ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 2, documento 6, p. 8. El informe de la A. T. navarra corresponde a los extensos y técnicos y está fechado el 25 de julio de 1852. Las razones se repiten en la A. T. zaragozana: «No habrá desheredacion por atendible y justa que sea, que no se combata á la sombra y só pretexto de reconciliación posterior del ofensor y del ofendido, razón por la que es preciso redactarlo de nuevo, determinando que la reconciliacion ha de ser manifiesta y espresada por escrito ó delante de testigos», IATZ, cit., p. 31.

públicos»<sup>202</sup>. Con similares razones, lo critican las de Granada, Sevilla —que lo califica como «funesto presente que vá á hacer tal vez la lei á la generacion contemporánea»<sup>203</sup>— y Valencia<sup>204</sup>. Constituye la excepción la A. T. de Oviedo, pues lo considera como un acierto, si bien solicita mayores garantías formales<sup>205</sup>.

La crítica de un excesivo margen no impide que se critique el extremo opuesto, es decir, el excesivo casuismo. El ejemplo más claro de esto último es la petición de la A. T. de Oviedo para eliminar los artículos 1418, 1419, 1420, 1422, 1423, 1424, 1425, 1426, 1427 y 1428 «por demasiado casuísticos y de difícil aplicación en la práctica, que darían origen á muchos pleitos, siendo suficientes para resolverlos los principios ya sentados y conocidos sin tanta dificultad ni complicación»<sup>206</sup>.

Dentro de la búsqueda de mayor precisión y seguridad jurídica, destaca la crítica global de la A. T. de Zaragoza por la abundancia de enunciaciones de «ciertas reglas ó principios generales y absolutos que, desenvueltos despues, modificados y restringidos en todos los casos posibles e su aplicación, aparecen en contradicción con estas disposiciones parciales [...] y quedan completamente inútiles é inaplicables en su generalidad, dando ocasion á dudas y dificultades y sirviendo de asidero para litigantes cavilosos»<sup>207</sup>.

Una última manifestación de este espíritu práctico que impregna toda la crítica de las AA. TT. la componen las sugerencias que proponen para adecuar las normas a las necesidades concretas, reales, de sus respectivas regiones: en materias como los plazos —más largos para las provincias insulares—, servidumbres, donde hay que tener en cuenta a las provincias donde prevalece la pequeña propiedad territorial o Registro civil, con numerosas sugerencias desde las provincias del norte con pequeños núcleos de población muy dispersos.

<sup>202</sup> IATB, cit., p. 4.

<sup>203</sup> La A. T. de Sevilla, a pesar de reconocerle algunas ventajas como la mayor comodidad para testar y la conservación del secreto sobre su contenido, ve al testamento ológrafo como una fuente de problemas. En el caso de ser finalmente admitido, se pregunta acerca del tipo de pruebas que se admitirán cuando se cuestionen la autenticidad de estos testamentos. Las pruebas periciales y testificales no le parecen suficientes y dejar la decisión al arbitrio judicial demasiada responsabilidad. Sugiere la creación de un registro «secreto, seguro y respetable» que «podría conciliar todos los intereses, dejando á la novedad lo que tiene de útil», IATS, cit., p. 17. La A. T. de Sevilla añade algunos comentarios a la regulación de las formalidades de los testamentos.

<sup>204</sup> Esta Audiencia afirma que quizás lo hubiera aprobado como testamento especial a pesar del peligro de falsificaciones «que ocupan incesantemente á nuestros Tribunales», IATV, cit., p. 3.

<sup>205</sup> «Al paso que la Audiencia aprueba el medio sencillo y fácil de poder otorgarse ú otro signo con el que debiera estar autorizado», IATO, cit., p. 24 y más adelante insiste, al tratar de la apertura de los testamentos en la necesidad de reforzar las garantías de este testamento; así, no considera suficiente el reconocimiento de la letra del testador por parte de dos testigos, artículo 593, p. 27.

<sup>206</sup> IATO, cit., p. 37.

<sup>207</sup> IATZ, cit., p. 3.

### 3.1.3 **La prudencia en la reforma. La tendencia conservadora, especialmente en el Derecho de familia**

Las AA. TT. muestran unánimemente su prevención ante reformas demasiado profundas así como su preferencia por las soluciones menos traumáticas. A estas invocaciones a la moderación hay que añadir que en muchos casos los magistrados parten de una idea de Código casi equiparable a lo que sería una compilación, en la que simplemente se recoge la legislación existente salvo las disposiciones que hayan quedado obsoletas. Por ejemplo, advierte la A. T. de Sevilla que si el Código Civil va a suponer la destrucción del Derecho anterior, se opone rotundamente. Ahora bien, no deja de parecer una advertencia retórica desde el momento en que, al valorar el Proyecto, opina que «los esclarecidos redactores han seguido además el buen camino destruyendo lo menos posible, edificando generalmente solo donde destruían, reforzando ó reparando todo lo antiguo y ordenando siempre con admirable método nuestro derecho ecistente. El nuevo código es en gran parte una instituta filosófica de aquel, y un proyecto reformador al propio tiempo; pero reformador en el buen sentido de la palabra; es decir, estirpador de abusos, é introductor de estrañas novedades, en los únicos casos en que una larga experiencia las ha recomendado yá, como altamente saludables»<sup>208</sup>.

La referencia a la codificación francesa no necesita ni siquiera ser explicitada por las AA. TT. Todas ellas tienen frescas en la memoria las reformas revolucionarias primero y más adelante las incorporadas en el Code, ya atenuadas, pero que supusieron una convulsión en el orden social y familiar de Francia. Precisamente es en el ámbito del Derecho de familia donde aparecen la mayor parte de las invocaciones a la moderación y donde más duramente se censura el individualismo del Proyecto.

La regulación del Derecho de familia es una de las dos cuestiones sugeridas por la Real Orden de 12 de junio y la que constituye el principal punto en común de las Audiencias, tanto por la unanimidad en la atención que le dispensan como en el tono desaprobatorio ante varias de sus innovaciones. Es significativo, por ejemplo, que el brevísimo informe de la A. T. de Canarias enumere como posibles innovaciones problemáticas el Consejo de familia, la mayoría de edad a los veinte años y la intervención materna en la patria potestad: las tres pertenecen al Derecho de familia.

Dentro de la crítica a esta materia surgen varias manifestaciones del talante conservador de las AA. TT. La reducción de la menor edad y la libertad que se otorga a las hijas mayores de veinticinco años para abandonar el hogar sin necesidad de aprobación paterna son criticadas por la merma que suponen en la autoridad del cabeza de familia. La regulación del consentimiento paterno para poder contraer matrimonio es en cambio alabada precisamente por ser más exigente que la entonces vigente.

---

<sup>208</sup> IATS, observaciones generales, cit., p. 3.

La reacción más unánime de las AA. TT. se produjo frente a la reducción de la edad necesaria para alcanzar la mayoría de edad, que pasa de estar fijada en los veinticinco años según el Derecho castellano vigente (no en todos los Derechos civiles españoles se precisaba esta edad) a reducirse a los veinte años, medida que se relaciona en varios informes con la posibilidad que el artículo 277 concede a la hija mayor de veinticinco años de poder abandonar el hogar paterno sin permiso de su padre<sup>209</sup>.

La reducción de la menor edad, aunque hubo quien la interpretó como una manifestación del espíritu transaccional entre los Derechos civiles españoles, fue mayoritariamente vista como un ataque a la autoridad paterna que efectivamente veía su poder muy reducido e, indirectamente, un ataque al orden social establecido, basado en un poder familiar fuerte. De esta manera, quedan estrechamente vinculadas la idea de familia con un fuerte poder sobre los individuos y la idea de orden social, relación profusamente utilizada por la crítica contemporánea al Proyecto para defender una mayor protección al poder paterno sobre los hijos. Así, la A. T. de Zaragoza dedica sus primeras palabras de crítica a la regulación de la patria potestad, ya que encuentra en él artículos «algun tanto lesivos á los vínculos de la familia, base de orden y de moralidad, á la autoridad paterna, primera y mas respetable de las magistraturas, y á otros elementos morales y conservadores de la sociedad», peligrosa tendencia que viene dada por las «nuevas ideas», el auge de los intereses materiales y una excesiva influencia del Código Civil francés<sup>210</sup>. El problema surge de la combinación de la mayoría de edad a los veinte años con la extinción de la patria potestad que aquella supone en el Proyecto. De esta manera, lo que parecería ser una restricción a la libertad de las hijas mayores de edad pero menores de veinticinco años prevista en el artículo 277 es considerada, vista a la inversa, como una concesión excesiva.

La A. T. de Barcelona, en su breve informe, censura los artículos 142 y 144 abiertamente: «lejos de aflojar el freno de la Autoridad paternal sobre los hijos, debía por el contrario fortificarse, y ensanchar su duracion para evitar los males de la anarquía»<sup>211</sup>; en relación con la más pronta independencia del hijo de familia, la A. T. considera peligroso permitir a las hijas mayores de veinticinco años abandonar sin requisito alguno el hogar paterno (y a las menores si van a casarse o lo ha hecho su padre o madre viudos). El argumento de la salvaguarda de la moralidad pública

---

<sup>209</sup> Artículo 142: «Las personas de ambos sexos, que no han cumplido veinte años, son menores de edad». Y el correspondiente artículo 276: «La mayor edad empieza á los veinte años cumplidos».

Artículo 277: «El mayor de edad dispondrá libremente de su persona y bienes con la limitacion contenida en los arts. 51 y 52.

Sin embargo, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinte y cinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía se hallen, como no sea para casarse, ó cuando el padre ó la madre hayan contraido ulteriores bodas».

<sup>210</sup> IATZ, cit., p. 2.

<sup>211</sup> IATB, cit., p. 3.

es otra vez el utilizado: «tal disposición podrá fácilmente producir abuso por parte de las personas, á quienes ha tratado de favorecer, y fomentar la inmoralidad creciente en nuestra sociedad»<sup>212</sup>.

Por su parte, la A. T. de Palma de Mallorca considera «algo prematura la edad de veinte años»<sup>213</sup> pues a esa edad no se tiene ni madurez ni un medio de vida, razones por las que propone elevar a veinticuatro años la mayoría de edad. «Tampoco opina este Tribunal por el segundo extremo del artículo 277 [...] porque aunque en todas edades puedan dominarnos las pasiones, los años dán mayor garantía de acierto en los pasos de la vida»<sup>214</sup>. La A. T. de Granada propone elevarla a los veinticinco, pues a los veinte «la razon y el juicio no ha llegado á su completo y perfecto desarrollo» y en cuanto a las hijas de familia mayores de veinticinco, no deben abandonar la casa paterna sin licencia mientras no contraigan matrimonio debido «al interés mismo de las hijas solteras y en la necesidad de conservar la autoridad paterna»<sup>215</sup>. Coincide en sus apreciaciones su Ministerio Fiscal. La A. T. de Oviedo critica abiertamente las dos medidas. En su lugar, defiende que la mayoría de edad se retrase hasta los veinticinco años, basándose en una nueva razón: «los muchos casos de restitucion *in integrum* fundados en el abuso que algunos hacen de la falta de consentimiento en los negocios que tienen los menores»<sup>216</sup>. Respecto a la segunda medida, debería sustuirse por otra en la que «aun cuando las mugeres cumpliesen veinte y cinco años no pudiesen dejar la casa paterna, sino que se pudiesen emancipar como los varones en caso necesario». Las razones son de moralidad pública: «Las costumbres iban á padecer infinito, quedando las mugeres en libertad de dejar la casa paterna ó materna»<sup>217</sup>.

La A. T. de Valencia critica la posibilidad que otorga el artículo 277: «Este Tribunal cree que tal disposicion podra facilmente producir abuso por parte de las personas á quienes se trata de favorecer, y fomentar la inmoralidad creciente en nuestra sociedad»<sup>218</sup>.

La A. T. de Zaragoza no se detiene en la reducción de la menor edad; sí en el artículo 277, pero desde un punto de vista inverso al de la mayoría de las Audiencias: «Este Tribunal aplaude esta última disposicion, dictada evidentemente en interés de la moral y de las buenas costumbres»<sup>219</sup>. No es

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>213</sup> IATPM, cit., p. 14.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>215</sup> IATG, ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 2, documento 3, fechado el 18 de junio de 1852, p. 6. El informe de su Ministerio fiscal *ibidem*, documento 3 bis fechado el 17 de junio de 1852.

<sup>216</sup> IATO, cit., pp. 24-25.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>218</sup> IATV, cit., p. 3.

<sup>219</sup> Con esta medida se evitarán los perjuicios que una norma más permisiva ha producido en Francia, donde las jóvenes mayores de veintiun años «seducidas por la lisonjera perspectiva de los placeres y de la libertad personal, abandonan el hogar domestico para ir en pos de esos goces fascinadores, lanzarse luego, por necesidad ó por vicio, en la prostitucion y tal vez en el crimen, y terminar, por fin, su vida en una casa de correccion ó de beneficencia». IATZ, cit., p. 18.



tan plausible la facultad que se concede al varón mayor de veinte años para disponer libremente de su persona «y sería por lo mismo oportuno adoptar respecto de ellos alguna limitación análoga á la que se establece para las hijas de familia, no olvidando la notable alteración que el presente Proyecto de Código hace relativamente á esta materia en lo establecido por nuestra antigua legislación castellana [...] Aquí debe este Tribunal reproducir las consideraciones morales y sociales [...] que aconsejan no se relajen los vínculos de la familia ni se debilite demasiado la autoridad paterna, sobre todo hoy, en que tan discutido se encuentra el principio de autoridad en sus diferentes líneas, como levantado el sentimiento de individualidad é independencia personal»<sup>220</sup>.

La A. T. sevillana se distancia de la opinión del resto, puesto que considera a ambos artículos como «franquicias, que reclama ciertamente el estado de las sociedades modernas, en las que es preciso transigir hasta un punto racional con la libertad de la persona y con los intereses del individualismo». A cambio de estas concesiones, el Proyecto rectifica oportunamente la libertad de los hijos a la hora de contraer matrimonio, establecida en la legislación vigente y que constituía «una herida mortal á la autoridad paterna»<sup>221</sup>. Con la regulación de los artículos 51 y 52 «vuelve á reintegrar á los padres en el más precioso derecho de su potestad».

Estas manifestaciones de las Audiencias, más tradicionales y conservadoras, traslucen una escala de valores en la que el valor de la familia es en muchas ocasiones superior al valor de la libertad individual de sus miembros. Revelan también, en ocasiones de forma expresa, la concepción de la figura del padre y del hijo inversa a la que recoge el Proyecto: las AA. TT. confían en el criterio paterno mientras que muestran una gran desconfianza ante los hijos.

Por otra parte, la protección especial a la familia que solicitan las AA. TT. no se limita a cuestiones de índole personal, sino también a aspectos económicos. Junto a los argumentos psicológicos, sociológicos e incluso «románticos», se encuentra la voluntad de fortalecer a la institución familiar a través de instrumentos que protejan su estabilidad económica. Este objetivo se evidencia en sede de sucesión forzosa, donde la conveniencia de un poder paterno fuerte se utilizará a favor de una libertad mayor de testar que la regulada en el artículo 642 del Proyecto, de forma que el patrimonio familiar no quede condenado a la división. También aparecen aspectos económicos en sede de la patria potestad, donde prevalece el valor familia sobre el individuo. Es preciso proteger los bienes familiares no sólo en el momento de la sucesión, y así se denunciará la injusticia de permitir que herede el recién nacido que muere dentro de las primeras cuarenta y ocho horas. Dada la frecuencia de las muertes de

<sup>220</sup> *Ibidem*, pp. 18-19.

<sup>221</sup> En esta materia, el Proyecto «reconstruye y organiza verdaderamente la patria potestad sobre sus naturales cimientos, que son la obediencia del hijo para el acto del matrimonio, acto por el cual va á propagar su sangre y su nombre, y á constituir otra familia frente á la antigua». IATS observaciones generales, cit., pp. 7-8.

las madres en el momento del parto serían relativamente frecuentes los casos en que parte del patrimonio familiar pase, a través del nieto muerto, a la familia del cónyuge viudo extraño a la familia<sup>222</sup>.

Por su parte, la A. T. de Zaragoza a propósito de la regulación de los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, se centra en la regulación de los peculios<sup>223</sup> con objeciones que se basan principalmente en la disminución de la autoridad paterna que implican. Tras defender la facultad del padre de poner a trabajar a sus hijos para sacar adelante a la familia, añade: «En buena hora que se estimule al trabajo del hijo por la esperanza de una recompensa; pero que esto sea sin perjuicio de los derechos del padre y de los intereses de los hermanos y sin sembrar en la familia la discordia...»<sup>224</sup>. Los bienes adquiridos por razón de los padres deberían quedar incorporados al peculio profecticio y por tanto en propiedad y usufructo para los padres. Y por si no queda claro insiste: «Según el espíritu de nuestras costumbres y civilización, la patria potestad tiene por objeto más bien la protección y dirección de los hijos que la utilidad del padre; por eso no es de desear la patria potestad absoluta y despótica de los Romanos; pero tampoco conviene que se debilite demasiado y se desvirtúe esa magistratura, la más natural y sagrada de todas, base de moralidad y de orden en la familia y en la sociedad»<sup>225</sup>.

Un último punto donde se manifiesta el talante conservador de las AA. TT. es el tratamiento de los hijos ilegítimos, pues no critican el criterio restrictivo de sus derechos y en algún caso lamentan que el artículo 123 deje abierta la posibilidad del reconocimiento de un hijo ilegítimo en sentido estricto. Sin embargo, no todas están conformes con la prohibición de la investigación de la paternidad, apoyándose en la protección de los hijos.

La A. T. de Palma de Mallorca critica en materia de hijos naturales la restricción de su legitimación sólo por el subsiguiente matrimonio de sus padres y propone readmitir la legitimación por rescripto real<sup>226</sup>; pero por

---

<sup>222</sup> Para la A. T. de Sevilla «tiene todos los visos de un repugnante despojo que un padre, una familia entera, vean á un cónyuge, que para ellos es ya completamente extraño, arrebatar una gran parte de su patrimonio, cuando ha muerto la muger dejando un niño que la ha sobrevivido pocas horas». IATS, p. 26. Añade que la adopción del principio de troncaldad hubiera corregido dicha injusticia, pero con su desaparición los pleitos que hasta entonces se mantenían sólo en Castilla se extenderán al resto del país.

<sup>223</sup> El peculio profecticio deja de comprender los bienes adquiridos por razón de los padres además de permitir a éstos «hacer á los hijos alguna donación de los bienes adquiridos por los mismos con el caudal de su padre, ó señalarles alguna parte en sus utilidades». Las novedades en el adventicio consisten en una nueva clasificación de los bienes que forman dicho patrimonio, calificada por la Audiencia de «ingeniosa» y de «acertada la disposición legal que se aplica á cada una de sus especies, pero es de temer que en la práctica resulte aquella (la clasificación) complicada, y esta (la regulación de cada uno de los tipos de bienes) de difícil aplicación». IATZ, cit., p. 13.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>226</sup> «No hay duda que el principal objeto de la legitimación es fomentar el matrimonio y atacar los funestos efectos del concubinato; pero puede haber muchos casos en que no pudiéndose aquel verificar por causas independientes de la voluntad de los padres sea

otra parte no aprueba la equiparación de los hijos naturales con los legítimos «principalmente en el caso posible de restablecerse los Mayorazgos»<sup>227</sup>. La postura contraria la ofrece la A. T. de Granada, que aplaude la desaparición de la legitimación por el rescripto real<sup>228</sup>; coincide esta A. T. con García Goyena en lamentar la posibilidad de reconocer hijos ilegítimos en sentido estricto que abre el artículo 123<sup>229</sup>. La A. T. de Oviedo mantiene una posición estricta y formalista: critica el artículo 123 porque «pudiera darse lugar al reconocimiento de un hijo adúlterino ó de otra union reprobada por la ley»<sup>230</sup> y el artículo 127 porque debería negarse incluso la impugnación prevista en su segundo párrafo. Por el contrario, la A. T. de Zaragoza opina que la investigación de la maternidad debe permitirse bajo ciertas condiciones: «es pues la maternidad susceptible de una prueba perfecta, y si lo es, y si, una vez probada, establece obligaciones que ecsija el interés social»<sup>231</sup>.

La crítica a las novedades del Derecho de familia pone de manifiesto una característica más de los informes de las AA. TT.: el protagonismo de los argumentos extrajurídicos. La predominancia de los argumentos que tienen por base consideraciones psicológicas, sociológicas, morales y en muchas ocasiones religiosas es una característica común a la mayoría de la doctrina jurídica sobre el Proyecto. La importancia de la reforma, así como la evidente conexión de sus instituciones con la vida de cualquier ciudadano y por tanto su repercusión social, hacen inevitable la referencia a aspectos no estrictamente jurídicos. Más aún cuando se discuten cuestiones de política legislativa, como en este caso, donde se afronta una reforma global, sistemática y de acuerdo con unas líneas ideológicas determinadas.

Sin embargo, la utilización de este tipo de argumentos cobra su importancia por el predominio con que son utilizados por las AA. TT. Los criterios de oportunidad política, sociológicos, éticos, protagonizan su crítica a pesar de existir también un aspecto técnico que se encuentra en su mayor parte en los informes largos. La escasez de doctrina patria, la falta de estudios modernos sobre los Derechos civiles españoles, en definitiva, la inexistencia de una ciencia jurídica en España se refleja en que sea la magistratura la que tome un papel protagonista en la elaboración del Proyecto, pero también en que su crítica y en general la de los juristas, salvo escasas excepciones, no tenga el nivel que sería deseable<sup>232</sup>. Bien es

---

inconveniente y hasta injusto que la muerte de alguno de ellos impida al que lo sobreviva de proporcionar á sus hijos naturales el don precioso de la legitimidad», IATPM, cit., pp. 9 y 10, a la par que considera que «las razones del célebre jurisconsulto (para rechazar la legitimación por rescripto real) que cita el señor García Goyena en sus comentarios no son, en concepto de la Audiencia, tan poderosas que no tengan contestacion satisfactoria».

<sup>227</sup> IATPM, cit., p. 13.

<sup>228</sup> IATG, cit., p. 5.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>230</sup> IATO, cit., p. 3.

<sup>231</sup> IATZ, cit., p. 10.

<sup>232</sup> CLAVERO manifiesta que son los argumentos sociológicos los predominantes en la clase jurídica española, en la que se echa en falta una auténtica ciencia jurídica, en «La gran dificultad...», *o. c.*, pp. 108 ss.

verdad que una posible razón de esta característica puede radicar en la mayor atención que los informes de las AA. TT. dedican a las materias de Derecho de familia y de sucesiones, donde las razones morales y sociales alcanzan mayor peso que en otras materias.

### 3.1.4 La opinión de las AA. TT. ante los puntos de fricción del Proyecto y la Iglesia Católica

#### A) *El matrimonio*

Los puntos de conflicto del Proyecto con la jurisdicción canónica no son los que más interesan a las AA. TT., salvo la cuestión del divorcio. No obstante, y dada la importancia que la regulación del matrimonio supuso en la crítica global del Proyecto, es interesante conocer la opinión de las Audiencias<sup>233</sup>, que en otros puntos se muestran más conservadoras que el Proyecto. Cinco de los nueve informes se detienen en la regulación del matrimonio (esponsales, celebración, separación y nulidad) con posturas dispares.

Las discrepancias fueron incluso internas; el informe granadino, previamente redactado por una comisión de tres magistrados, consideraba acertada la atribución de las causas de divorcio a la jurisdicción civil «porque considerando que la materia sobre que versa es del orden civil exclusivamente, nada más lógico que su competencia sea de los tribunales civiles»<sup>234</sup>. Congregado el pleno de la Audiencia, se produjo una división de opiniones y se optó por una votación nominal. Los detractores del artículo aluden genéricamente a «la base y circunstancias esenciales que constituyen el matrimonio en España y sin detenerse á esponer los verdaderos y elementales principios de esta cuestion»<sup>235</sup>, consideran muy peligrosa la innovación que se propone.

La Audiencia de Palma de Mallorca opina acerca de varias cuestiones: sobre la prohibición de los sponsales de futuro se muestra de acuerdo «porque entiende que la promesa de casarse en cierta época se opone á la santidad del matrimonio y porque casi raya en lo ridículo que una promesa venga á declararse nula por muchas causas»<sup>236</sup>; por el contrario, «vacila en adoptar la disposicion del artículo 75». La Audiencia distingue el contrato del sacramento pero añade que el primero se «absorbe» en el segundo «y habiendo en ambos una union tan estrecha que no pueden separarse sin peligro, parece que la Iglesia debe tener la facultad de declarar no solo sobre la validez ó la nulidad del matrimonio y sobre la habilidad ó inhabilidad para contraer de ciertas personas, sino tambien sobre la conveniencia de que permanezcan ó no unidas con conocimiento de las

---

<sup>233</sup> Se ocupa de esta cuestión así como de las opiniones de las AA. TT. acerca del Registro civil, CRESPO DE MIGUEL, L.: *La secularización...*, o. c., pp. 382 a 400. Del mismo autor, *El matrimonio en los dictámenes oficiales...* o. c., para esta cuestión pp. 705 a 717.

<sup>234</sup> IATG, cit., p. 5.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>236</sup> IATPM, cit., p. 4.

causas y de las circunstancias concurrentes. Es digna de respeto la discordancia de posiciones que puede suscitarse sobre este particular; mas también lo son las tradiciones y los preceptos del concilio con quien vá de acuerdo nuestra actual legislación»<sup>237</sup>.

La Audiencia de Oviedo hace algún comentario sobre las causas de divorcio y de detalle sobre el artículo 48<sup>238</sup>, pero no cuestiona las innovaciones en materia de competencias; tampoco se detienen en ella las Audiencias de Barcelona, Canarias, Pamplona y Valencia.

Quien sí se detiene es la A. T. de Zaragoza<sup>239</sup>. Critica duramente la innovación del artículo 75 que «lejos de hallarse justificada por ninguna especie de consideraciones, producirá segun todas las probabilidades, resultados sensibles y funestos. Esta novedad seculariza en gran manera el matrimonio elevando la importancia y ensanchando la esfera de su carácter secular ó de contrato civil, á costa de su carácter religioso ó de sacramento, cuyo predominio hemos reconocido siempre en nuestra España con mucho provecho del orden social». Como los informes de la Iglesia Católica, recuerda la doctrina de la sesión 24 del Concilio de Trento y en especial el canon 8, por el que se admite dicho Concilio como «ley del Reino» junto con los concordatos vigentes con la Santa Sede, pero se centra en los argumentos «de la lógica y de la conveniencia pública» para afirmar que si se respeta el principio por el que corresponde a la Iglesia «la constitucion del vínculo [...] á la misma Iglesia debe corresponder la decision de las cuestiones relativas á esa union personal y vida comun».

Considera un error la separación del conocimiento de las causas de nulidad y de divorcio pues «el vínculo y la union corporal están estrechamente unidos y deben estar bajo una misma autoridad» y atribuye la innovación a la influencia de la legislación francesa.

Con buen criterio, la A. T. de Zaragoza recuerda sin embargo que en dicho país se comenzó por declarar la libertad de cultos, que tuvo como una de sus consecuencias la secularización del matrimonio:

«¿Nos hallamos nosotros en el mismo caso? Seguramente que no. Y en resúmen, ¿que razones imperiosas de conveniencia pública aconsejan esta grave innovacion en materia tan delicada? ¿acredita, acaso, la experiencia males y perjuicios trascendentales de que las causas sobre divorcio, aun limitado á la separación corporal, hayan correspondido á los Tribunales Eclesiásticos?» La Audiencia opina que por el

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>238</sup> En cuanto a las causas de divorcio critica la redacción del artículo 76.4.º pues parece exigir la concurrencia de ambos cónyuges en el intento de corromper a sus hijos; por otra parte el artículo 77 debería contar con un artículo en el C. p. que estableciera una sanción. Respecto al artículo 48, pide que el Código establezca expresamente la edad necesaria para contraer matrimonio, y sugiere dieciocho años para los hombres y quince para las mujeres «teniendo presente que (en la legislación civil) se ha de conciliar, no solo la aptitud física, que por regla general no se consigue hasta el completo desarrollo en la pubertad plena, sino la disposicion moral de los contrayentes», IATO, cit., p. 2.

<sup>239</sup> IATZ, cit., pp. 6 ss.

contrario, el nuevo artículo 75 aumentará las demandas de divorcio pues faltará «el sentimiento de abnegación y resignación cristiana que inspiran los (tribunales) eclesiásticos».

Finalmente también se elevan sugerencias y comentarios a propósito de las causas de divorcio desde la A. T. de Granada <sup>240</sup>, Oviedo <sup>241</sup>, Valencia <sup>242</sup> y Zaragoza <sup>243</sup>.

De los comentarios de las AA. TT. puede deducirse que la regulación matrimonial no causó una reacción ni generalizada ni muy desfavorable; las que se pronuncian, en general no defienden la secularización del matrimonio pero sus argumentos son más de conveniencia y de oportunidad que de fondo.

### B) *Las limitaciones para adquirir*

El segundo asunto en relación con la Iglesia Católica que abordaron las AA. TT. fue el de sus limitaciones para adquirir. El Fiscal de Granada recuerda que tras el Concordato recién firmado con la Santa Sede, el artículo 608 debe desaparecer <sup>244</sup>. A propósito del artículo 609 opina la A. T. de Oviedo que sería conveniente disponer que dejados en testamento bienes inmuebles a establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, se vendiesen en pública subasta y su importe les fuera entregado, pues es suficiente esta medida para evitar los posibles riesgos de amortización: «es necesario hacer conciliable y respetar en lo posible la voluntad del testador, que quiere contribuir al fomento de establecimientos tan benéficos, con que estos no conserven estancados en su poder y fuera de circulación los bienes inmuebles que fuesen acumulando» <sup>245</sup>. El comentario, sin embargo, no incluye a la Iglesia.

---

<sup>240</sup> Sobre las causas de divorcio consistentes en la injuria grave de cualquiera de los cónyuges entre sí y la propuesta del marido para prostituir a su mujer, opina que ninguna de las dos constituye un motivo suficiente para fundar una causa de divorcio. «El interés del orden social y el bienestar y la felicidad de las familias exigen la vida común de los esposos, de la que no debe la Ley dispensarles por las causales leyes que se contienen en los números 2.º parte 2.º y 3.º del artículo referido», IATG, cit., p. 5.

<sup>241</sup> Considera deficiente la redacción del punto 4.º del artículo 76, puesto que parece exigir el común intento del marido y de la mujer de prostituir o corromper a sus hijos debido a la conjunción «y»; respecto al artículo 77, por el cual el mutuo consentimiento de los cónyuges no es causa de divorcio ni autoriza la separación voluntaria, la A. T. sugiere que el Proyecto incluya «una sanción penal en caso de que permanezcan separados los cónyuges voluntariamente», IATO, cit., p. 3.

<sup>242</sup> Como otras Audiencias, piensa la valenciana que «los malos tratamientos de obra ó injurias graves» que se incluyen en el artículo 76 es un motivo tan general que abre las puertas a infinidad de causas matrimoniales de separación; a su juicio, debe desaparecer como causa de divorcio la injuria grave y restringir los malos tratos cuando ocasionen lesiones graves o «llegasen á constituir sevicia». En cambio aboga por la inclusión del parricidio frustrado hacia el cónyuge y frustrado o consumado contra las personas señaladas en el C. p. vigente, IATV, cit., p. 2.

<sup>243</sup> Dada la prohibición de la separación por mutuo acuerdo de los cónyuges, solicita que sea parte necesaria en el proceso el Ministerio fiscal, IATZ, cit., p. 9.

<sup>244</sup> I. del Fiscal de la A. T. de Granada, cit., p. 3.

<sup>245</sup> IATO, cit., pp. 27 y 28.

La A. T. sevillana coincide con una de las denuncias de los obispos al considerar excesiva la disposición contenida en el artículo 611, donde se ordena que las disposiciones para misas, sufragios y obras pías se entiendan hechas para los pobres del domicilio del causante; en los dos últimos supuestos la A. T. está de acuerdo pero no en el primero que «podrá chocar con los usos religiosos de la católica España y producir acaso reclamaciones de parte de la autoridad eclesiástica. Cuando el testador há dicho aun indeterminadamente que quiere misas, misas deben decirse»<sup>246</sup>.

En resumen, las Audiencias aportan una postura más moderada y conciliadora con los intereses de la Iglesia que la expresada en el Proyecto en lo referente a la materia matrimonial, pero sin llegar a demostrar una oposición firme; por lo que se refiere al resto de las cuestiones conflictivas, su interés es escaso.

### **3.1.5 La desaparición de la diversidad jurídica y el respeto a los derechos adquiridos. En especial, el Derecho de sucesiones**

A lo largo de los informes las Audiencias muestran en distintas ocasiones su temor a que un rechazo social ante innovaciones concretas impida la publicación y puesta en práctica del Código Civil. Dentro de este temor se encuentra la preocupación ante las repercusiones que producirá la desaparición de los Derechos civiles vigentes, fundamentalmente en los territorios forales.

Esta preocupación se recoge expresamente en la Real Orden de 12 de junio de 1851 donde se sugiere la cuestión de la diversidad jurídica como uno de los dos grandes puntos de reflexión para los encargados de enjuiciar el Proyecto. Sin embargo, y esta es la primera observación que hay que destacar, no todas las Audiencias abordaron seriamente este punto. Ni siquiera las que tenían una especial vinculación con un determinado Derecho civil foral, como la Audiencia de Barcelona; por otra parte, la mayoría de las AA. TT. aborda la cuestión no de forma global sino al hilo de instituciones forales que desaparecen o son modificadas sustancialmente.

Los informes no atacan la unidad del Proyecto para defender la subsistencia de los Derechos civiles propios de cada territorio. La mayor parte de ellos combina tres peticiones que pueden ordenarse según su envergadura. En primer lugar, varias AA. TT. hacen referencia más o menos expresa a la base general tercera, por la que se garantizaba la protección de los derechos adquiridos. En este sentido, las AA. TT. solicitan como refuerzo del artículo 3, y a propósito de instituciones determinadas que se reforman en el Proyecto, que éste recoja unas disposiciones en las que expresamente se declaren respetadas las situaciones jurídicas nacidas al abrigo de la regulación anterior.

---

<sup>246</sup> IATS, cit., p. 22.

Esta petición, ni siquiera mínima desde el punto de vista de la defensa de los Derechos forales en la medida que asume su desaparición, se completa con otras dos peticiones. Primero, la solicitud de un mayor respeto y un mayor grado de transacción a la hora de uniformar la legislación para todo el país. Esta petición será elevada fundamentalmente a propósito de la regulación sucesoria del Proyecto. Por último, y sólo en relación a instituciones concretas, encontramos AA. TT. que sugieren la inclusión, no como excepción a favor de un territorio sino como norma general, de instituciones forales que se tienen por beneficiosas, y por lo tanto extensibles al resto del país, como ocurre con el principio de troncalidad.

El único informe que entra en la cuestión foral, entendiendo por tal la conveniencia o no de unificar el Derecho civil español y qué sistema es el más adecuado en el caso de aprobarse la unificación, es, curiosamente, el de una Audiencia que no aplica ningún Derecho civil foral. Se trata de la Audiencia de Sevilla y su punto de vista ofrece gran interés precisamente por representar al menos una opinión desde los territorios sujetos al Derecho castellano, en ocasiones olvidados en esta polémica. La alusión de la Real Orden de 12 de junio no pasa inadvertida para la A. T. sevillana quien aborda directamente la cuestión a pesar de reconocer que no es la más autorizada para ello <sup>247</sup>.

#### A) *La A. T. de Sevilla*

El punto de partida del informe ya es interesante: la diversidad normativa en España no es un obstáculo insalvable, ni siquiera de especial gravedad:

«no son las diferencias universales y absolutas en todas las materias del derecho y donde la instrucción pública es hace mucho tiempo uniforme en todas las Universidades. La de Castilla, su texto y su espíritu son los que predominan en nuestras aulas, y largos años de discusión pública en ellas, en la tribuna y en la prensa, han podido facilitar, y han facilitado en efecto una transición que no por eso se deja de conocer que es todavía muy ardua» <sup>248</sup>.

La afirmación no deja de ser cierta a mediados del siglo XIX donde la ciencia del Derecho en España era escasa y centrada en el Derecho castellano principalmente, seguido del Derecho civil catalán. Era el Derecho castellano el más estudiado y conocido por los juristas.

Pero la A. T. tiene en cuenta otra opinión para restar importancia a la posible resistencia de los territorios forales. El Proyecto, a su juicio, ha

---

<sup>247</sup> «Una Audiencia donde no se conocen prácticamente las consecuencias de esos fueros especiales (...) no es realmente el Tribunal cuyo voto deba ser de más peso en la balanza (...). En el terreno de las generalidades será donde podrán hacerse algunas excursiones, con el único objeto de llevar al depósito común la mayor copia de noticias y de reflexiones» IATS, observaciones generales, cit., pp. 11 a 12.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 12.



seguido la directriz transaccional, ha tenido en cuenta el tópico de la selección de las mejores normas de los ordenamientos patrios:

«Ha allanado por otra parte las dificultades el espíritu fuerista, permítasenos esta expresión, que se observa en muchos artículos del nuevo código. Los derechos hereditarios de los cónyuges, ciertas bases capitales de la sociedad conyugal, la disminución del tiempo requerido para la mayor edad, la forma de algunos contratos, y otras muchas novedades introducidas sagazmente en el que debe ser nuevo derecho de Castilla, son otras tantas concesiones hechas al espíritu á que se alude, que no por eso dejan de ser reformas laudabilísimas»<sup>249</sup>.

Es decir, la A. T. quiere dejar claro que no sólo los Derechos forales sino el castellano resulta también modificado; en realidad dice más porque a continuación afirma: «El Código Civil no es, según se ve, una ley que Castilla impone á las otras coronas: es más bien una colección de fueros provinciales que Castilla acepta, porque al compararlos con su legislación propia en la que predominó a veces un espíritu escesivamente romano, los ha encontrado más justos, más progresivos, más españoles, sobre todo, que algunos de sus antiguos códigos»<sup>250</sup>. Casi podría parecer que a juicio de la A. T. se asimilan todas las instituciones de los territorios forales, por otra parte diversas, en el Proyecto de Código Civil pero no puede menos que reconocer que «Hai todavía diferencias y contradicciones: no todo se acepta; porque esto no cabía en la sabiduría de la Comisión; y lo mismo que se acepta, se acepta modificándolo grandemente; más de cualquier modo la fusión es visible, y córtanse así de raíz multitud de contradicciones y rivalidades»<sup>251</sup>.

La A. T. sevillana, al principio recelosa ante la envergadura de la reforma, considera al Proyecto como el intento más acabado y cuidadoso y el último dentro de la técnica codificadora:

«Si contando con todos estos elementos, aun es imposible plantearle, á pesar de la sed de reformas, á pesar del clamor incesante de todas las provincias para que se ordene y regeneren las partes viciosas de nuestra legislación, á pesar del tino y previsión con que se prepara la transición apetecida en los artículos respectivos del propio Código; preciso es darse por vencidos y renunciar de una vez para siempre á la realización de una mejora tan suspirada»<sup>252</sup>.

La actitud de la A. T. es fingidamente resignada, pues si la causa de la paralización del Proyecto llegara a ser la oposición foral la A. T. reclama

<sup>249</sup> *Ibidem*, pp. 12 a 13. Y en este punto cita las *Concordancias...*, para coincidir en calificar a los fueros como la legislación más estrictamente patria «porque ninguna há nacido más espontáneamente, ni tiene marcado ese sello de originalidad que tan singularmente la distingue».

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 14. De hecho, la A. T. considera esta fusión como «un paso dado ex profeso, para quitar de enmedio los principales estorbos con que debía tropezar un Código general en nuestra España».

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 14.

la «contraoposición» de las provincias partidarias de la publicación del Código. Si el bloqueo del Proyecto «va á defraudar las legítimas esperanzas de la gran mayoría de los pueblos de la Monarquía, preciso es que estos levanten también su voz y espongan respetuosamente al Trono, que el interés de unos pocos no debe condenarles á sufrir perpetuamente las consecuencias de una legislación imperfecta y anticuada. Si la política aconseja, ó se temen graves perturbaciones al tocar ciertos usos y costumbres, respetense estos, aun cuando sean preocupaciones; pero no se respeten mas allá de lo debido, ni se haga esto jamás con perjuicio evidente de tercero. Publíquese el Código y sirva de lei para las estensas provincias de Castilla; y guarden sus fueros, si tan buenos son ó en tanto los estiman, unas pocas de la Península»<sup>253</sup>.

Si no es posible la unidad de Códigos aún tratándose de un precepto constitucional, cosa que no menciona la A. T., ésta propone que se obvie:

«Quebrantar la simetría artística, ó el rigor geométrico á que la ciencia quiere subordinar las leyes políticas y civiles, será siempre un mal menor que el que produzca el desaliento del Gobierno, ante obstáculos que se le presentan como insuperables. Toda regla tiene excepciones: toda Monarquía reconoce más ó menos privilegios. Prescídase en bien de todos de la inflexibilidad de los principios, y no se detenga la reforma ante un inconveniente que ni es general ni es absoluto. Con esas excepciones, con esos privilegios si se quiere, ha vivido siempre España, y aun há tenido largas épocas de prosperidad y de gloria. Continúen todavía por algun tiempo, si la política, que es una ciencia de oportunidad, no de justicia, lo creyese así necesario»<sup>254</sup>.

La A. T., al ver que quizá ha ido demasiado lejos, retrocede hasta el comienzo de su discurso:

«Pero, ¿á que es dar por irreconciliables intereses tal vez mui fáciles de amalgamar? No: no es probable que falten medios á la sabiduría del Gobierno para preparar y justificar un tránsito que ni es violento, ni siquiera imprevisto. Otros tribunales los propondrán con espíritu verdaderamente conciliador, con todo el conocimiento debido de las necesidades, usos y costumbres de sus territorios. Esta patriótica esperanza no será seguramente defraudada»<sup>255</sup>.

De acuerdo con sus palabras de elogio ante las normas recogidas en el Proyecto y calificadas como transaccionales, dentro de sus observaciones particulares, apenas se encuentran censuras en los puntos conflictivos, ni siquiera en sede de sucesiones. Únicamente lamenta dos puntos: uno, la ausencia de tasa en las donaciones matrimoniales, pues considera que esta medida junto con el resto que recoge el Proyecto se traducen en una

---

<sup>253</sup> *Ibidem*, pp. 14 a 15.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 16.

excesiva atención al cónyuge<sup>256</sup>. El segundo, la exclusión del principio de troncalidad:

«tan en armonia con nuestras costumbres y (que) descansa en tales principios de equidad, de igualdad y de justicia [...]. El nuevo Código Civil que hace cumplida justicia á todos los fueros provinciales de España porque son como dice con sobrada razon el sr. Goyena, la verdadera legislacion patria, se muestra no obstante hostil á este [...] cuando su generalización hubiera sido tal vez una novedad mui popular en toda España»<sup>257</sup>.

B) *Las AA. TT. de Barcelona, Valencia, Canarias y Granada*

En el otro extremo se encuentra la ausencia de referencias del informe de la A. T. de Barcelona acerca de las desaparecidas instituciones catalanas objeto de numerosas críticas por parte de particulares y asociaciones catalanas, básicamente su regulación de la sucesión forzosa y la de los censos enfitéuticos. Por el contrario, la A. T. de Barcelona apuesta por la promulgación del Código Civil, gracias a la cual se conseguirá la ansiada seguridad jurídica y frente a la dispersión y contradicción de los Derechos civiles vigentes, en el Código Civil «verán asegurados sus mas preciosos derechos, conciliados con mucho acierto las disposiciones de nuestras antiguas leyes con las que reclaman los adelantos y necesidades del siglo [...] llenando el vacío que se notaba en varias materias»<sup>258</sup>.

Tampoco hace referencia a esta cuestión la A. T. de Valencia ni el brevísimo informe canario, pero éste al menos lo justifica en la inexistencia de instituciones forales en las islas y aun así no deja de recordar la base general tercera: «cuando en este territorio no ecsisten fueros especiales, usos y costumbres notables, que en la parte transitoria del proyecto tengan que tomarse en cuenta para no lastimar los derechos adquiridos»<sup>259</sup>.

No se ocupa de este asunto la A. T. de Granada aunque sí su Fiscal, quien propone seguir adelante con el Proyecto a pesar de los posibles riesgos de oposición en territorios forales: «Conociendo el Fiscal la ecsistencia de los muchos fueros y legislaciones especiales en observancia hoy en determinadas provincias y antiguos Reynos, y dentro de las provincias mismas en que por punto general rigen las Leyes de Castilla, se halla sin embargo persuadido de la utilidad y conveniencia de que fuera desde luego y previo transcurso del tiempo necesario para su estudio, puesto en observancia en toda la Monarquía el proyecto de Código Civil, separándose cualquier obstáculo legal que para ello pudiera ecsistir»<sup>260</sup>.

El resto de las Audiencias se apoyan en la base general tercera y en el artículo 3 del Proyecto para solicitar básicamente una mayor protección

<sup>256</sup> *Ibidem*, pp. 38 ss.

<sup>257</sup> IATS, cit., p. 25.

<sup>258</sup> IATB, cit., p. 2.

<sup>259</sup> IATC, cit., p. 1.

<sup>260</sup> I. del Fiscal de la A. T. de Granada, cit., p. 4.

de los derechos adquiridos y en algunos casos, una mayor transacción en las normas.

C) *La A. T. de Palma de Mallorca*

La postura de esta Audiencia donde sí conservaban un Derecho civil propio es algo confusa. Dentro del comentario del Libro III la Audiencia aborda directamente el problema de la distancia que existe entre el Derecho civil balear y la propuesta del Proyecto, aunque no de forma general sino a propósito de la regulación de las legítimas y de la dote. Su postura es poco definida: por una parte, reconoce el progreso que supone la unificación del Derecho civil<sup>261</sup>; por otra, advierte que la enorme distancia entre ambas regulaciones en materia de sucesiones y bienes matrimoniales supondrá la resistencia de los sujetos al Derecho balear:

«Pero desde luego se deja comprender que es mucho mas difícil variar este que cambiar el sistema político; por que el civil afecta intereses mas inmediatos á las personas sin que el poder público intervenga en ellos; y en el orden político la autoridad lo dispone todo y los actos que emanan de ella se ejecutan bajo la vigilancia del Gefe que representa la suprema autoridad. Por otra parte los usos y costumbres de algunos pueblos que en ciertas materias del derecho civil se rigen por muchos siglos por usos particulares, se hallan tan profundamente arraigados en sus habitantes que *naturalmente han de oponer una resistencia de opinion á pasar al régimen civil general que se vá á establecer, régimen que no conocen y de que jamas han oido hablar y esta resistencia será tanto mayor cuanto mas diste el derecho moderno de los antiguos fueros que van á desaparecer*. No es esto oponer un obstáculo á la mejora que se intenta, la Audiencia la estima conveniente, porque conoce que con el tiempo producirá la unidad civil tan apetecida, pero entiende que debe someterse á la alta consideracion de V. M. los puntos cardinales en que la legislacion de las Baleares se diferencia de las leyes de Castilla, por si pueden conducir al mayor acierto en materia tan importante, *no lastimando derechos creados ni aun frustrando esperanzas justamente concebidas*»<sup>262</sup>.

Como solución propone que se reflexione para no lesionar los derechos adquiridos y esperanzas legítimas con una alusión directa a la base general tercera. Su opinión acerca de la pervivencia de los Derechos en materia civil y la alusión a la resistencia parecían tener como fin una propuesta alternativa, pero la Audiencia se limita a recordar cómo el Derecho civil balear «sin embargo de tantas variaciones y vicisitudes acaecidas en el largo espacio de seis siglos, se ha mantenido y mantiene en su pureza el cuerpo del derecho Romano con respecto á la materia de testamentos, institucion de herederos, sucesiones, legados, particiones de

---

<sup>261</sup> «Grandioso y laudable es por cierto el pensamiento de uniformar nuestras leyes civiles, porque una nacion que guarda unidad en el orden político y religioso, debe guardarlo tambien en el civil». IATPM, cit., p. 19.

<sup>262</sup> *Ibidem*, pp. 19 y 20. La cursiva es nuestra.

herencias, liquidaciones de todas ellas, fideicomisos familiares, cuarta trebeliana y falsidia, y todo lo que tiene relacion con estos puntos. En este territorio no se han conocido jamás los bienes gananciales, la sociedad conyugal, ni la mejora del tercio y quinto»<sup>263</sup>.

En concreto, se señala que el sistema del Derecho Civil balear<sup>264</sup> dista considerablemente del artículo 642<sup>265</sup> sin bien ambas regulaciones en lo que discrepan es en las cuantías, más que en su fondo.

La regulación de la dote es criticada por la Audiencia de Palma de Mallorca quien aun opinando a favor de la conservación de ésta, propone que se reduzca, «siempre que se concilie de una manera que no se haga demasiado sensible á los padres». Considera suficiente que la dote se eleve a una cuarta o como máximo a una tercera parte de la legítima estricta presunta en lugar de la mitad prevista en el artículo 1269<sup>266</sup>. A las razones económicas –pues se producirán casos en que el padre quede con unos recursos muy menguados– se añade la falta de potestad paterna para oponerse al matrimonio (y por tanto su deber de dotarla) de una hija mayor de veinte años, con lo que al matrimonio no deseado el padre añadirá «la amargura de darle una gran parte de sus bienes».

La buena consideración de los padres frente a la dudosa de los hijos es una constante en las Audiencias y la de Palma de Mallorca no es una excepción; a propósito de la cuestión de la dote afirma:

«La Audiencia pues es de sentir que en cuanto sea posible debe procurarse imponer los menos gravámenes y dejar mucha parte del bien de los hijos al amor paternal porque si es verdad que haya á veces algun padre desnaturalizado, esto no es lo que regularmente sucede, cuando al contrario es muy frecuente que los hijos falten á las consideraciones y gratitud que deben á los autores de sus dias»<sup>267</sup>.

La propuesta es, en cualquier caso, moderada: no solicita la conservación de la norma balear, bien como opción, bien generalizándola al resto del país, sino una mayor transacción en la norma común.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>264</sup> «Aquí por lo general el padre de familias instituye en su testamento heredera usufructuaria á su consorte si no pasa á segundas nupcias, y propietario al primogénito, legando á cada uno de los demás cinco sueldos por legítima, que es el símbolo de lo que le corresponde por el citado derecho. Sabido es que por las leyes Romanas la legítima consiste en la tercera parte ó en la mitad de la herencia líquida del padre, segun sean cuatro ó cinco ó más, y que esta porcion se reparte entre todos, sean pocos ó muchos y con ellos entra también el heredero. Vease pues la enorme diferencia en este punto entre el derecho Romano y el artículo 642 del proyecto del código civil. Una y otra disposicion sin embargo de lo que discrepan en cantidad está en su lugar segun los principios con que se regía la Capital del Mundo y los que han adoptado las sociedades modernas por efecto de la civilizacion». IATPM, cit., p. 21.

<sup>265</sup> Artículo 642: «La legítima de los hijos y descendientes será de los cuatro quintos de los bienes. Quedando un solo hijo descendiente, será de los dos tercios. La de los padres y ascendientes será de los dos tercios, siendo aquellos dos ó mas; y de la mitad, siendo uno solo. Lo dispuesto en este artículo se entiende con sujecion á lo determinado en el artículo 653».

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 23.

Mientras la A. T. de Palma de Mallorca muestra su disconformidad de manera clara en algunos puntos del Derecho de familia y de las relaciones de vecindad, ante la regulación de las sucesiones y régimen conyugal mantiene una postura mucho más prudente. De su informe se deduce la petición de una normativa menos distante respecto al Derecho civil balear o al menos la consideración de la larga tradición jurídica de sus normas propias a la hora de respetar sus derechos adquiridos y expectativas. Expresamente, al final del informe insiste en que «Se ha limitado á las pocas observaciones hechas no con ánimo de tachar el proyecto, sino para contribuir, si son de algun mérito al acierto que desea»<sup>268</sup>.

#### D) *La A. T. de Oviedo*

Prácticamente ninguna reflexión acerca de la cuestión foral aparece en el extenso informe de la A. T. de Oviedo. Si acudimos a sus comentarios acerca de la nueva regulación de los censos enfitéuticos y foros —de especial interés para ella— nos encontramos con que se recurre al artículo 3 del Proyecto que recoge el principio de irretroactividad de las leyes para criticar el artículo 1563 en cuanto a la determinación de la pensión en un 3 por 100 frente al 1,5 por 100 vigente. La Audiencia da por supuesto que toda la regulación del Proyecto es cara al futuro, de manera que los derechos creados no podrán verse perjudicados. Este es su interés principal:

«Si segun el principio sentado en el artículo 3.º del Codigo —las leyes no tienen efecto retroactivo— parecia á la Audiencia que computandose generalmente en los censos enfitéuticos, foros, etc, la pension á razon de 66 2/3 ó sea 1 1/2 por ciento, no debia hacerse subir al 3 por ciento á razon de 33 1/3 del millar en conocido perjuicio de los terratenientes, á quienes por otro lado se les quiere favorecer con la facultad de que puedan redimir los capitales de censo; pero se hace más notable el contraprinipio, cuando se aplica principalmente al caso de que el capital sea desconocido, porque siendo conocido no hay necesidad de semejante computacion. No convendria á juicio de la Audiencia mientras subsistiese un censo, foro, subforo, etc. que las fincas afectas á la pension ó sobre que estubiesen constituidos semejantes gravámenes se dividiesen por titulo hereditario, ni por otro cualquiera; porque la desmembracion y subdivision de las fincas produce graves inconvenientes á los censualistas y á los censuarios o terratenientes; pero especialmente á los últimos, sugetándoles á veces á espedientes de prorrates complicados y costosos que son el patrimonio de codiciosos Escribanos, al paso que empobrecen á la clase agricultora.

Esta observacion debe aplicarse al censo reservativo que queda subsistente, una vez que el enfitéutico debe desaparecer con el tiempo. Debiera consignarse por principio la indivisibilidad de las hipotecas gravadas ó de los bienes dados como reservativos para facilitar su imposicion»<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>269</sup> IATO, cit., pp. 38-39.

E) *La A. T. de Pamplona*

Otro de los informes *a priori* interesantes en este punto es el enviado desde Navarra pues ésta conservaba su propio Derecho civil. La A. T. de Pamplona, como la mayoría, manifiesta su postura con motivo de la regulación sucesoria. La crítica de fondo al Proyecto –pues hasta entonces habían sido sugerencias constructivas o meros detalles– comienza con la regulación de la sucesión *mortis causa*. La prohibición del testamento de hermandad (art. 557) es la primera censura, aunque moderada:

«No se oculta sin duda á los autores del proyecto que nos ocupa, que en esta Provincia de Navarra y en algunas otras, estaban autorizados por su legislacion particular los testamentos llamados de hermandad ó hechos en un mismo acto entre marido y muger; y como á esa práctica autorizada será muy consiguiente (sic) tal vez que á la promulgacion del Código ecsitan testamentos de esa clase, sería muy justo y conveniente que, previendo esa posibilidad, se dicte, aunque con el carácter de transitoria, una disposición en que se respeten ó declaren subsistentes»<sup>270</sup>.

La A. T. de Pamplona no pide la conservación del testamento de hermandad pero sí, como prometía la base general tercera, el respeto de los derechos adquiridos y esperanzas legítimas.

Donde sí pide que sean conservadas las instituciones es en materia de sustituciones. Para la A. T. navarra es un error la desaparición de la sustitución ejemplar y pupilar; en cuanto a la fideicomisaria «tambien tiene en su apoyo razones muy atendibles [...] aunque sea limitada á dos grados»<sup>271</sup>.

Respecto al punto de las legítimas, la Audiencia muestra su disconformidad de forma rotunda:

«Este Tribunal tiene el disgusto de disentir casi completamente de los principios que han dictado esa disposicion, (el art. 642) [...]. No entrará este Tribunal en la cuestion de si es mejor para la sociedad que los padres de familia tengan una libertad casi absoluta ó poco restringida para disponer de sus bienes, libertad, de que la esperiencia demuestra que no se ha abusado tanto como algunos creen ó la restriccion de las leyes de partida y demas que rigen en los antiguos reinos de Castilla. Pero dejando aparte este debate, no puede menos de observar que, aun sin tomar en cuenta la grande novedad que por el proyecto se introduce en provincias como la de Navarra, en la que ha prevalecido y subsiste todavia el primero de aquellos sistemas, *es imposible desconocer que las disposiciones contenidas en los artículos 642 y 654 son en extremo restrictivas* y que casi imposibilitan á un padre que tenga 6 ú 8 hijos de recompensar las virtudes y las consideraciones con que se hayan distinguido algunos de ellos; y esa restriccion es tanto mas violenta é injusta, cuanto que sin llegar á incurrir en ninguna de las limitadas y graves causas de desheredacion que se designan en el proyecto,

<sup>270</sup> IATP, cit., p. 6.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 6.

puede ser muy distinto el comportamiento de los hijos respecto de sus padres, é injusto [...] no pueda premiar proporcionalmente su auxilio [...]. Esto sin hacer mérito de lo mucho que relaja los deberes de subordinación y lo que fomenta las ideas de independencia la seguridad de que, no escediéndose de ciertos límites, los padres no pueden privar á su hijo holgazán ó disipador de una buena parte de su herencia...»<sup>272</sup>.

La disconformidad de la A. T. es evidente, pero la alternativa que propone es sorprendentemente moderada y transaccional:

*«Primero, que la legítima de los hijos y descendientes se limite á la mitad de los bienes quedando mas que uno de aquellos, y á un tercio si quedare uno solo; que una cuarta parte puedan y deban adjudicarla los padres en el primer caso, ó un tercio en el segundo libremente como mejora á aquellos ó dejarla á su viuda; y que de lo restante puedan disponer en vida ó en muerte en favor de cualquiera aunque sea extraño. Por este medio se dejará á los padres un freno eficaz y saludable para contener á sus hijos: tendrán alguna mayor facultad los esposos para demostrarse su cariño y solicitud [...] y se harán menos sensibles las reformas que el proyecto introduce en la legislación de algunas Provincias»*<sup>273</sup>.

Como en el caso de la A. T. de Palma de Mallorca, desde Pamplona lo que se solicita es un mayor espíritu de transacción. Además, reclama el respeto a los derechos adquiridos y la conservación de determinadas instituciones, pero no tanto por su origen foral como por su bondad o utilidad intrínsecas.

Incluso llega a criticar la permanencia de alguna norma inspirada en el Derecho civil navarro como es el caso de la facultad de disponer en favor del cónyuge viudo de una parte de la legítima en usufructo, posibilidad recogida por el artículo 653 del Proyecto. La A. T. no es partidaria de mantener el usufructo, vigente en Navarra y en Aragón, por sus inconvenientes morales y económicos. Dentro de los primeros, la impaciencia del nudo propietario por consolidar su propiedad a la muerte del usufructuario; dentro de los segundos, el posible abandono del buen estado de los bienes por parte del usufructuario y las frecuentes situaciones de precariedad económica de quienes sólo ostentan la nuda propiedad de los bienes: «Es verdad que el artículo 653 previene ó evita una buena parte de esos perjuicios ó inconvenientes, limitándo á la 4.º ó 5.º parte de la legítima la cantidad de los bienes que pueden dejarse en usufructo, pero sería mucho mejor evitar aquellos completamente, suprimiendo esa facultad»<sup>274</sup>.

La A. T. de Pamplona considera beneficioso el principio de troncalidad (prohibido en el art. 744), aplicado durante siglos en Navarra y Aragón:

(Aunque esta) «invocación no debería bastar solo por serlo para que se prefiriese lo antiguo á lo nuevo, no cree este Tribunal que deba

<sup>272</sup> IATP, cit., pp. 6 y 7. La cursiva es nuestra.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 7. La cursiva es nuestra.

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 8.



dejar de observar que aquellas legislaciones municipales tienen un apoyo muy racional en sentimientos muy frecuentes y naturales, y por consiguiente en la equidad [...] cuando no existe aquella diferencia (de grado de parentesco), cuando todos son iguales, hay una razón muy atendible para que se consulte á la procedencia de los bienes al determinar su adjudicación. La razón dicta que en las sucesiones intestadas se sigan aquellas reglas que guarden más conformidad con lo que regularmente hubiesen determinado los testadores [...] y la de Navarra, presumiendo con mucho fundamento que el caso de la igualdad de parentesco, los testadores hubieran preferido para la transmisión ó adjudicación de sus bienes aquellas personas de cuyas familias provenían, les dio efectivamente la preferencia, considerando, no sin razón, que debe ser violento para las familias de donde proceden los bienes verlos en el dominio de extraños y estos aun sin contar con los motivos de particular afección que pueda haber en aquellos á las propiedades de sus antepasados»<sup>275</sup>.

En esta ocasión, aunque no lo pida expresamente, lo que parece solicitar es la incorporación del principio de troncalidad al Proyecto no como muestra de respeto a los Derechos de Navarra y Aragón sino por su justicia intrínseca y, por tanto, como norma aplicable a todo el país.

La siguiente objeción de la A. T. de Pamplona en materia de sucesiones que afecta al Derecho civil navarro es rotunda. Se trata del artículo 773 con el que «No puede en manera alguna conformarse este Tribunal con la disposición consignada según la cual lo más que puede heredar un viudo ó viuda de los bienes del cónyuge premuerto, es un tercio de ellos»<sup>276</sup>. A su juicio hubiera sido preferible la ley de 16 de mayo de 1835 por la que se da preferencia al cónyuge por delante no sólo del Estado sino de los colaterales desde el quinto grado:

«apenas podrán alegarse razones ni aun aparentemente fundadas para que, quedando un viudo ó viuda del dueño de los bienes, pasen dos terceras partes de ellos al Estado [...]. Aun en el Código Francés, del que es indudable se han tomado casi todas las disposiciones que comprende el Proyecto que nos ocupa, se dá aquella justa preferencia al cónyuge sobreviviente, y solo entra el Estado á suceder cuando ese no existe y el difunto no deja ni parientes que puedan subcederle ni hijos naturales. La repugnancia de la disposición [...] resalta tanto más, cuanto que, habiéndose adoptado generalmente como base de las reglas que fijan el orden de las sucesiones intestadas la presunta voluntad del difunto, según el curso regular ú ordinario de los afectos humanos, no se hace creíble...»<sup>277</sup>.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 9. El artículo 773 dispone: «El viudo ó viuda que, al morir su consorte, no se hallase divorciado, ó se hallase por culpa del mismo consorte, le heredará en el quinto, si deja algún descendiente; en el cuarto, si deja algún ascendiente; y á falta de unos y otros en el tercio. Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere pactado alguna ventaja en favor del viudo ó viuda, se imputará en la parte que deba percibir en la herencia intestada. Si las ventajas capituladas llegaren ó escudieren de los derechos hereditarios, quedarán estos sin efecto y se estará á lo capitulado».

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 10.

Concluye la A. T. planteándose «si acaso en la redaccion de dicho artículo se habrá padecido alguna distraccion ó descuido al imprimirlo» tal es su asombro ante la disposición. Parecidos son los argumentos que utilizan en el comentario del artículo 782 para rechazar «el rigor con que ha querido establecerse una línea divisoria entre los parientes legítimos y los naturales». Añade que sería conveniente que «así como está reconocido terminantemente el derecho de representacion para heredar á los hijos naturales, se declare á favor de los hijos de estos para suceder á sus padres en los casos en que están llamados por la ley»<sup>278</sup>.

El informe navarro presenta un considerable número de puntos conflictivos, pero hay que tener en cuenta que sus propuestas van encaminadas hacia una normativa menos opuesta a la hasta entonces vigente en Navarra, pero siempre dentro del Código; éste no se cuestiona, como tampoco se defiende el Derecho civil navarro, sino las normas que dentro de este último se considera conveniente conservar, no por ser de origen foral sino por su contenido objetivo.

#### F) *La A. T. de Zaragoza*

La última Audiencia vinculada a un Derecho civil foral es la aragonesa; ya se ha visto cómo elogia la elaboración de un Código Civil «único» por lo que resulta menos sorprendente la ausencia de reivindicaciones forales. Cuando el informe llega a disposiciones como la prohibición del testamento de hermandad, de gran arraigo en Aragón, su tono se mantiene neutral y se limita a advertir que

«como es seguro que en la época de la publicacion de este Codigo, se hallarán otorgados muchos testamentos de esa especie por personas que aun viven, seria muy oportuno añadir en obviacion de dudas y de pleitos, que estos testamentos, otorgados con anterioridad á dicha publicacion, aunque pendientes en cuanto á sus efectos, por no haber fallecido en la misma época los otorgantes, no se entiendan derogados por la disposicion de este artículo»<sup>279</sup>.

La petición se limita al mínimo; la protección a los derechos adquiridos no está recogida en un artículo del Proyecto; en él sólo encuentra el artículo 3 como posible garante de aquellos por lo que la Audiencia la solicita con el fin de evitar pleitos amparados en una posible «nulidad sobrevenida».

Acerca del artículo 642, sin llegar a oponerse, propone otra proporción para la cuota de mejora, la del tercio; sugiere la adopción de una norma por la que «á los padres y ascendientes, se les permitiese mejorar en el tercio de sus bienes á cualquiera de sus hijos y descendientes»<sup>280</sup> aunque la razón alegada no sea acercar los Derechos civiles sino adecuar

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>279</sup> *LATZ*, cit., p. 30.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 30.

la norma con la finalidad de la mejora, que es robustecer la autoridad paterna, muy disminuida con el límite previsto en el Proyecto.

Finalmente, y ante la desaparición del principio de troncalidad, la equidad y la presunta voluntad del difunto hacen que «no solamente la legislación aragonesa, sino otras varias han dado preferencia á los parientes de la línea de donde provienen los bienes»<sup>281</sup> por lo cual la conservación del principio, pero se insiste en las razones generales de equidad:

«un sentimiento de equidad, comprobado por la experiencia, hace presumir que el difunto, si hubiera hecho testamento, hubiere devuelto á sus parientes los bienes de la familia que de sus ascendientes recibiera [...]. Ya, pues, que se presume que el mayor afecto del difunto á sus próximos parientes, le hubiera hecho dejarles todos sus bienes, al menos en caso de igualdad de parentesco, respétese el indicado sentimiento de equidad, nacido de la desigualdad de circunstancias entre los parientes de la línea de donde proceden los bienes, y los que no hacen parte de ella»<sup>282</sup>.

Una vez más se propone subsidiariamente una solución transaccional.

### 3.1.6 Valoración de la crítica de las AA. TT.

La valoración del Proyecto realizada por las AA. TT. es realista, pragmática y, en general, constructiva. Se muestran partidarios del Proyecto en tanto que éste, sin ser perfecto, supone una solución al marasmo en que se encuentra el Derecho civil español. En este sentido hay que entender el respaldo que otorgan al Proyecto y su insistencia en postergar una crítica que, con razón, temen que termine por paralizar el proceso legislativo.

En su mayoría sociológicas o de política legislativa, las líneas que desprenden las críticas de la magistratura son: la defensa de la autoridad paterna, el predominio del valor de la familia sobre la independencia del individuo, las peticiones de respeto hacia los derechos adquiridos y un mayor espíritu de transacción. Los informes revelan un talante más conservador que el que inspira el Proyecto, lo que se manifiesta especialmente en sus opiniones sobre la organización familiar.

Respecto a las críticas tradicionales de antiforalista y afrancesado ninguna de las dos tiene excesiva presencia en los informes. En cuanto a la segunda, algunos informes simplemente hacen notar la importancia de la influencia del Código Civil francés sin llegar a ser una censura, e incluso se prefiere en ocasiones la solución de éste a la recogida en el Proyecto.

La crítica al tratamiento de la uniformación del Derecho civil que se desprende del Proyecto acabamos de verla. Puede decirse que existió una reacción, desigual entre las AA. TT., especialmente en aquellas que aplicaban Derechos forales. Pero esa reacción se dirigió más a exigir una

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>282</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 32.

mayor transacción entre los Derechos civiles y una garantía de respeto hacia los derechos adquiridos que a solicitar la supervivencia de aquéllos. Junto con esta petición encontramos otras referidas a instituciones forales cuya modificación, conservación o supresión se solicita por consideraciones objetivas más que por su origen o pertenencia a un determinado Derecho. La mayor parte de éstas se refieren a instituciones del Derecho de sucesiones.

La desaparición del principio de troncalidad es un ejemplo de lo que acabamos de decir. En este punto, tres Audiencias propondrán su conservación, pero no como una medida excepcional para sus respectivos territorios sino como medida general que por su interés y justicia debe extenderse a todo el territorio nacional.

En definitiva, las AA. TT., con su crítica constructiva, sus sugerencias y su moderación en la mayoría de sus peticiones, ofrecieron su respaldo al Proyecto de Código Civil sin que esto impida añadir que sus informes hacían necesaria una revisión detenida del articulado y la incorporación de un mayor grado de transacción en determinadas y concretas materias.

### 3.2 LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

El informe emitido por el claustro de la Facultad de Jurisprudencia de Salamanca, por medio del oficio que le acompaña, manifiesta corresponder «á la escitacion contenida en el párrafo 3.º de la Real orden espendida por el Ministerio...»<sup>283</sup>. Con este fin la Facultad reunió desde el 18 de junio de 1851 al claustro de catedráticos. La comisión estuvo compuesta por cinco miembros<sup>284</sup> entre los que repartieron el texto para agilizar el trabajo, que a pesar de todo se terminó en un poco menos de un año. A lo largo de 182 hojas manuscritas a ambos lados el concienzudo trabajo del claustro abarca aproximadamente un tercio de los artículos<sup>285</sup>.

En la introducción ya advierte que su intención ha sido la de comentar toda la obra y no ceñirse «al examen de los artículos mas importantes del Proyecto con cuya doctrina no estaba conforme»<sup>286</sup>. Sobre las principales cuestiones que el texto plantea, y que por cierto no concreta, el

---

<sup>283</sup> El informe de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Salamanca (I. U. S.) y el oficio que lo acompaña, fechado el 8 de junio de 1852, en ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 4, p. 1.

<sup>284</sup> Firman el informe los Sres. Salvador Ramos (presidente), Carlos Ramón Fort (o Font), Pablo González Huelva, Santiago Diego Madrazo y Miguel Carrasco (secretario). El informe fue terminado el 28 de mayo de 1852, es decir, casi un año después de iniciarse la labor.

<sup>285</sup> El cálculo lo realizó Lasso Gaité quien además da noticia sumaria de buena parte de ellos, exceptuando los que se refieren a defectos de redacción, sistematización o coordinación entre artículos, en *Crónica...*, o. c., 4, vol. I, pp. 244 a 285, dedicadas a los informes en general.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 2.

claustró considera que ya es suficiente atención la prestada por otros juristas, razón por la cual cree más provechoso «descender hasta los pormenores de mas pequeño interés, hacer un análisis breve pero juicioso de todas las disposiciones inconvenientes»<sup>287</sup>. Dentro del presente estudio interesa no tanto el comentario concreto de cada uno de los artículos como la valoración de conjunto que del informe se desprenda, así como su opinión —o su silencio— sobre algunas de las medidas más polémicas en las que, a pesar de lo dicho, se detienen. Junto a este análisis merece la pena destacar algunas críticas de conjunto hechas por el claustró tanto en la introducción como en lo que él mismo denomina «observaciones generales».

Las características principales del informe son cinco; la primera general y referida a la crítica propiamente dicha mientras que el resto describen los valores que defiende el claustró salmantino y que constituyen una crítica en la medida en que no estén suficientemente acogidos en el Proyecto.

### 3.2.1 El carácter técnico del informe

En primer lugar, y como sus autores advierten, se trata de un informe técnico, es decir, en el que prevalecen las observaciones estrictamente jurídicas sobre las de conveniencia política, sociológicas, morales, mayoritarias en el resto de los informes y probablemente de mayor peso a la hora de tomar la decisión de no presentar el Proyecto a la discusión de las Cortes.

Su crítica técnica se resume principalmente en dos fallos generales: por una parte, la excesiva simplificación de la regulación, lo que lleva a numerosos comentarios donde se completa la previsión del articulado con la solución de supuestos o circunstancias no contempladas en aquél. En segundo lugar, los errores del Proyecto, fundamentalmente en sus definiciones y en su orden.

Dentro de las observaciones generales y frente a las acusaciones de dispersión, tradicionalmente dirigidas a los Derechos civiles vigentes, el Proyecto y en general el sistema codificador caen, a juicio del claustró, en el error contrario al pretender reducir todo el Derecho a un breve tratado, objetivo que «ha producido muchas omisiones y han quedado así sin decidir dudas de gravedad y de importancia»<sup>288</sup>. De acuerdo con esto, el informe pretende subsanar este fallo a través del planteamiento de multitud de cuestiones surgidas de la lectura del articulado al que pretenden completar, precisar y dotarlo de mayor rigor jurídico. Como los propios catedráticos afirman, el Proyecto es «escaso en doctrina, y convendría que fuese mayor el número de artículos»<sup>289</sup>.

<sup>287</sup> Y algo más adelante insiste: «los puntos secundarios y de orden subalterno deben ser el objeto principal de estos informes, porque las doctrinas son sobre ellas menos abundantes, las opiniones menos fijas y los estudios menos definidos». *Ibidem*, pp. 2 y 3.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 3.

En conexión con este defecto, su excesiva parquedad, acusan al Proyecto de estar falto de explicaciones, de olvidar que no está dirigido únicamente a los juristas: es escaso en definiciones, clasificaciones y explicaciones<sup>290</sup> y además el claustro detecta algunas omisiones importantes. Por ejemplo, considera grave la que se encuentra en el artículo 548, que introduce el Libro III. El claustro declara que el artículo se contradice con el propio Proyecto y con la doctrina común, pues faltan tres modos de adquirir: la ocupación<sup>291</sup>, la accesión y la tradición o entrega<sup>292</sup>.

En segundo lugar, junto a las omisiones, el informe detecta defectos serios tanto en las definiciones —es el caso de las de mutuo y comodato, servidumbres, uso y habitación— como en el orden que sigue el Proyecto. Dentro de este último, recoge como principales errores de sistemática la colocación de la adopción y la legitimación antes de la patria potestad cuando debieran ir detrás por ser modos de adquirir esta última; la tutela entre la patria potestad y la emancipación siendo ésta una forma de extinción de la segunda; la calificación del usufructo, el uso y la habitación como derechos reales cuando, según el claustro, son servidumbres personales; tampoco comparten la colocación del título de la donación antes que los contratos, pues por el artículo 548 estaría dentro de ellos; por último, no se muestran conformes con el orden seguido en materia de contratos al que califican de «menos conforme á lo que exigian el orden y la dependencia mutua de las verdades jurídicas»<sup>293</sup>.

Todo este conjunto de críticas, fundamentalmente por defectos de omisión, se explican en parte por el carácter docente de los autores del informe; como ellos mismos reconocen, el legislador «manda y no enseña; pero no debe involucrase en nuves»<sup>294</sup>. Junto a estas dos críticas generales debe añadirse una más: el Proyecto revela una excesiva desconfianza hacia el particular, lo que se traduce en la exigencia demasiado

---

<sup>290</sup> Faltan definiciones como la de vecindad, la de alimentos, varias en el título de la posesión, etc. En cuanto a las clasificaciones, sirven como ejemplo sus comentarios al artículo 379 en el que echa en falta la distinción entre cosas dentro y fuera del comercio, así como la ausencia de los «derechos» además de los bienes muebles e inmuebles o el artículo 391 donde debería distinguirse la propiedad del dominio y dentro de éste el pleno y menos pleno; es censurada también la falta de clasificaciones en sede de servidumbres. En el título que regula la posesión opinan que, además de faltar definiciones, deberían expresarse mejor los efectos de la posesión y los modos de adquirirla. De forma general, al ocuparse del Título quinto del Libro III (del que comenta casi cien artículos) llama la atención sobre la necesidad de añadir al Código «un tratado de la significación de las palabras y reglas del derecho» que, por cierto, fue algo que la CGC pensó en un principio incluir, pero que se desechó finalmente por falta de tiempo según García Goyena, que era el encargado de redactarlo.

<sup>291</sup> A propósito del artículo 389 ya había manifestado que «parece que no hay motivo para descartar del Código proyectado el modo de adquirir llamado ocupacion. La Comisión opina en su favor; y que se deben determinar las cosas sobre las que puede tener cabida», *Ibidem*, p. 30.

<sup>292</sup> *Ibidem*, pp. 40 a 41.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 3.

frecuente de la presencia del notario o escribano <sup>295</sup>; lo cual provocará la inquietud social y finalmente la inobservancia de la ley.

La crítica técnica del Proyecto, aun siendo rigurosa, muestra el interés del claustro por mejorar un texto que se pretende que llegue a ser ley. Precisamente por esta convicción tiene sentido la minuciosa corrección que llevó a cabo y que sugiere que la opinión del claustro fue la de optar por una revisión en profundidad del texto, precisamente para que siguiera adelante. Ahora bien, esta conclusión provisional depende de la postura que mantenga el claustro en los puntos de política legislativa, en los que a pesar de no querer opinar, entra en algunas ocasiones.

### 3.2.2 La crítica de la postura del Proyecto frente a la Iglesia Católica

Dentro de la valoración de la regulación del Derecho de familia, el claustro se manifiesta en dos ocasiones: en materia de matrimonio y ante la reducción de la autoridad paterna. El primero de los puntos es también el principal obstáculo con que se encuentra el Proyecto para ser aceptado por la Iglesia Católica. El claustro se detiene sobre el más grave de los tres artículos censurados por la Iglesia, el artículo 75, por el que se otorga el conocimiento de las causas de divorcio exclusivamente a los tribunales civiles.

La postura del claustro es contraria al artículo 75. Ahora bien, su oposición no se basa tanto en argumentos de fondo como en consideraciones de conveniencia. Es más:

«halla que la autoridad temporal podría acaso, atendidos los principios que rigen en la materia, someter al juicio de sus Tribunales las causas del divorcio; puesto que muchos de los efectos que este produce, son civiles. Esto no obstante, considerando que la disciplina comun de la Iglesia atribuye el conocimiento de las mismas á los tribunales de los Obispos y sus superiores en la línea correspondiente; que las leyes de España se vienen conformando desde la mas remota antigüedad con este sistema, que es general en los países católicos; y por último, que no hay razones que aconsejen la introduccion de una novedad tan trascendental, en cuya consecuencia podría turbarse la armonía entre la Iglesia y el Estado, que en la presente época hay motivos muy especiales para promover y fomentar; la Comision entiende que el presente artículo exige ser modificado de esta forma: “El conocimiento de las causas de divorcio pertenece á los Tribunales eclesiásticos”» <sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup> «El Proyecto desconfía demasiado de los hombres; porque apenas permite dar un paso en la vida civil sin la intervencion de escribano (...). Este sistema de desconfianza dificulta los actos mas comunes, aumenta los gastos de las familias y quita el prestigio á la ley», *Ibidem*, p. 4.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 13.

Sobre la desaparición de los esponsales de futuro no se pronuncia y con relación a las causas de divorcio propone la supresión de las injurias graves y la inclusión de una causa más: «las asechanzas ó conspiraciones de un cónyuge contra la vida de otro»<sup>297</sup>.

En los demás puntos de conflicto del Proyecto con la Iglesia Católica los catedráticos vuelven a defender a la segunda aunque limitándose a pedir moderación de las medidas. Por lo que atañe al Registro civil y sus consecuencias para el clero parroquial, la Universidad opta por señalar en una observación al título en su conjunto que el aumento considerable de trabajo que el nuevo registro asigna a los párrocos debería compensarse con una mayor dotación económica<sup>298</sup>. Bien es verdad que más adelante condena medidas como las dispuestas en los artículos 343 y 344 por considerar inoportuna y excesivamente dura la multa contra el párroco y en general inconveniente «tal sistema de represión»; tampoco comparte lo dispuesto en el artículo 375 por considerarse demasiado general cuando por el contrario, debería permitirse al párroco corregir fallos u omisiones sin «importancia»<sup>299</sup>.

El tercer punto de fricción con la Iglesia era económico y afectaba a las normas que le impedían adquirir además de las que le sustraían las mandas pías de los testamentos. Sobre la primera cuestión la firma del Concordato se tiene muy presente por el claustro, acuerdo al que sugiere que se vuelva en la revisión del Proyecto con el fin de poner ambas legislaciones en armonía<sup>300</sup>; respecto a las prohibiciones y limitaciones de los artículos 608 y 609 claramente se remite al Concordato además de exigir un mismo trato a todas las manos muertas:

«por lo que hace á las Iglesias, está en contradicción con lo que establece el 41 del Concordato, con el que es indispensable ponerlos en armonía. En cuanto á las demas manos muertas parece duro que se le prohíba la adquisicion por testamento, no solo de bienes raíces, sino tambien de los muebles sin licencia del Gobierno; y mas si se consiente la amortizacion eclesiástica para las Iglesias, opinando el claustro que todas deben nivelarse y correr la misma suerte»<sup>301</sup>.

---

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>298</sup> «La Comisión no se cree en el caso de calificar como desacertadas las disposiciones que contiene este título; pero sí juzga deber advertir que con ellas se impone una considerable é improba tarea al clero parroquial, harto recargado ya de ocupaciones. Debiera esto tenerse muy en cuenta, al menos para remunerar los nuevos servicios que se le exigen; tanto más cuanto, al paso que se le obliga á un trabajo mas que doble del que en la actualidad presta para el fin de que se trata, se le quita por el artículo 346 la exclusiva que hoy tiene en la expedicion de los documentos allí mencionados; que le producen, sobre todo, en feligresías estensas, cantidades que sin duda se han tenido en consideracion al acordar las respectivas dotaciones». *Ibidem*, p. 26.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>300</sup> Comentario al artículo 601: «La Comisión advierte que no están todavía completamente desarrolladas las consecuencias del Concordato, que se acaba de celebrar con la Santa Sede y es de parecer que se debe tener en cuenta lo que se determina con respecto á los religiosos, para poner en armonía la legislación canónica y la civil». *Ibidem*, p. 44.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 45.



Por último, al comentar el artículo 611 no encuentra su razón de ser por lo que sugiere que desaparezca o al menos se reforme pues su redacción contraría la voluntad del difunto.

En resumen, la posición del claustro salmantino es favorable a la Iglesia y por lo tanto a la reforma del Proyecto en las tres materias, aunque su crítica tome la forma de sugerencias más que de exigencias y, en general, se modere respecto a las de los representantes eclesiásticos. No se pronuncia sobre los esponsales de futuro y en cuanto al artículo 75 ya hemos visto la fragilidad del respaldo que otorga a la postura canónica. En todo caso, la Facultad de Jurisprudencia de Salamanca se coloca junto a la Iglesia a la hora de solicitar las reformas del Proyecto, principalmente en materia matrimonial.

### 3.2.3 La concepción de la familia: la protección de la autoridad paterna y de los derechos de los hijos naturales reconocidos

El segundo gran punto de controversia en el Derecho de familia lo constituyó la disminución de la autoridad paterna que se desprende del Proyecto. El Claustro no escapa a la polémica: su primer comentario apenas comenzada la introducción se dedica a las innovaciones en esta materia, precisamente para censurar su grado de transformación y defender una regulación más tradicional con lo que se coloca en una postura conservadora similar a la de la mayoría de las Audiencias Territoriales:

«Las aspiraciones á la originalidad en las leyes que organizan la familia y establecen el orden civil de las sociedades, son ocasion de graves peligros y de funestos errores: los que suscriben no han querido incurrir en ellos, y en materias de utilidad cuestionable no han vacilado en decidirse por lo existente contra lo que no puede invocar en su apoyo la autoridad de la Historia»<sup>302</sup>.

En primer lugar, el claustro muestra una concepción más tradicional, más conservadora acerca de las relaciones familiares, fundamentalmente a través de la defensa de la autoridad paterna y la crítica a la nueva regulación de la mayoría de edad.

Como ya advertían los autores del informe, muchas de las observaciones descienden al detalle del articulado, razón por la que este estudio no se detendrá en los comentarios concretos salvo que aporten información sobre la valoración general del Proyecto. El mejor ejemplo lo constituye en el Libro primero, concretamente su regulación del Derecho de familia. El claustro de la Facultad dedica sus primeras palabras de su informe a censurar las innovaciones en esta materia del Proyecto, pero sin concretar qué materias son las que le merecen su reprobación. A través de las observaciones particulares puede afirmarse que es la reduc-

---

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 1.

ción de la mayoría de edad con la pérdida de poder paterno y de la familia en general que conlleva la innovación, la que atrae la mayoría de las críticas también en esta ocasión. «La Comisión que, como se observará al artículo 142, opina que debe conservarse la legislación actual del Reino en punto á la mayor edad y que, por otro lado, entiende que es muy conveniente robustecer cuando sea posible la patria potestad, propone la modificación de este artículo (se está refiriendo al art. 51) en la forma siguiente: “El hijo mayor de 25 años y la hija que no ha cumplido los 23 necesitan...”»<sup>303</sup>. En el texto del Proyecto se requieren veintitrés años en el hijo y veinte en la hija para no necesitar el consentimiento paterno a la hora de contraer matrimonio. Las razones son expuestas al hilo del artículo 142 y se reducen a una invocación a la tradición jurídica patria y a considerar no alcanzada a los veinte años la madurez suficiente<sup>304</sup>.

Pero no se puede ocultar que una razón poderosa es el debilitamiento de la autoridad paterna que conllevaría la propuesta del Proyecto. Así, al llegar al título que regula la patria potestad, los catedráticos aseguran que «la actual situación de la sociedad exige imperiosamente que se robustezca el poder paterno. Así que debe conservarse nuestra legislación, según la cual el hijo no sale de la patria potestad por cumplir los 25 años, ni después por razón de la edad meramente»<sup>305</sup>. La patria potestad no debe, a su juicio, acabar con la mayoría de edad, como repite al comentar el artículo 160.4.º Respecto a éste propone sustituirlo por el otro donde se establezca que la patria potestad se acabe «por establecerse el hijo fuera de la casa paterna, siendo el varón mayor de 25 años, y la hija mayor de 30», además de añadir dos causas: profesar la religión y obtener un cargo público con autoridad o jurisdicción<sup>306</sup>.

Por el contrario, el Consejo de familia, más adelante muy criticado por la doctrina, no recibe ninguna valoración aunque sí le dedica un elevado número de matizaciones técnicas, con más de treinta de sus artículos comentados.

En otro orden de cosas, propugna algunas medidas que palíen la dura normativa prevista para los hijos naturales; así, se declara en contra de la supresión de la legitimación por rescripto del Príncipe al considerar que el Proyecto al negarla hace imposible en muchas ocasiones «que se borre la mancha que lleva sobre sí el hijo ilegítimo»; y en sede de sucesiones,

<sup>303</sup> *Ibidem*, pp. 11 a 12.

<sup>304</sup> «Por respeto á la legislación admitida como común en España hace muchos siglos; por guardar consecuencia con las disposiciones administrativas vigentes en el Reino y sobre todo atendiendo á que en la edad de 20 años no hay en lo ordinario la discreción y tino suficiente para poder gobernarse un joven por sí mismo; la Comisión propone, que en este artículo se substituyan 25 años á los 20 que expresa», *Ibidem*, p. 17.

<sup>305</sup> *Ibidem*, p. 17. En conexión con esto no admiten el apartado cuarto del artículo 160 y proponen que se sustituya por: «por establecerse el hijo fuera de la casa paterna, siendo el varon mayor de 25 años, y la hija mayor de 30» además de otras dos causas: profesar en la religión y obtener un cargo público con autoridad ó jurisdicción.

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 18.

comentando el artículo 641<sup>307</sup> señala que debería, a falta de descendientes legítimos, llamarse a los naturales reconocidos «porque constando legalmente quienes son sus padres, no parece justo privarlos de las esperanzas que debieron concebir»; si bien, como también cabe que se reconozca como hijo natural a quien no lo es para defraudar el derecho de los ascendientes, el claustro propone que se considere como herederos forzosos a falta de descendientes legítimos a unos y otros, es decir, ascendientes e hijos naturales «y percibir la porción que á cada uno se designe al tratar de las sucesiones intestadas»<sup>308</sup>.

No siempre los hijos naturales salen beneficiados de los comentarios del informe, pues éste pretende excluirlos del derecho a los alimentos que les otorga el artículo 775 cuando concurren con descendientes legítimos tanto porque así se evitarían «interminables disputas entre unos y otros» como porque es preciso recordar que en el caso de no llegar los bienes paternos para alimentar a todos la preferencia es de los legítimos. Además, el cónyuge siempre habría podido por testamento dejarles la parte de la que puede disponer en favor de extraños<sup>309</sup>. Pero en conjunto el claustro salmantino aboga por un mejor trato de los hijos naturales: propone en lugar del artículo 776 que los hijos naturales reconocidos en concurrencia con ascendientes hereden por mitades y si además concurre el cónyuge, que éste herede una cuarta parte según el 773 y el resto se divida entre ascendientes e hijos naturales. Éstos tendrán preferencia ante la línea colateral de manera que en el caso de concurrir hijos naturales reconocidos, cónyuge y colaterales, a los primeros le corresponderán dos tercios de la herencia y un tercio al cónyuge.

El artículo 779 también es modificado en favor de los hijos naturales reconocidos: se propone que se les reconozca el derecho de heredar a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que los reconoció a falta de colaterales legítimos del mismo grado, «salvo siempre el derecho de representación en estos, y por consecuencia, que los colaterales legítimos hereden también en su caso á los naturales reconocidos»<sup>310</sup>. De acuerdo con todos los cambios propuestos deberá sustituirse el artículo 780 por otro que establezca la «sucesión recíproca de los ascendientes á sus descendientes naturales en los mismos casos en que estos suceden á aquellos, y con las mismas circunstancias. De esta suerte se comprenderán los casos de reconocimiento, y el en que este no es necesario según lo que respecto de la madre hemos dicho: también se abrazará el derecho del viudo ó viuda que pueda dejar hijo natural, derecho que no tiene entrada según está el

---

<sup>307</sup> Artículo 641: «Son herederos forzosos:

1.º Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.

2.º Faltando los del número anterior, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos».

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>309</sup> *Ibidem*, pp. 58 y 59, intercambiadas por un error de paginación.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 60.

artículo: por todo lo cual nos parece preferible el artículo general de reciprocidad como se propone»<sup>311</sup>. Queda modificado también el artículo 781 pues «solo podrá tener juego cuando no existan colaterales legítimos del natural difunto, en cuyo caso nos parece justo que vengan á heredarle otros hermanos naturales que tubiese y sus descendientes»<sup>312</sup>.

Todas estas modificaciones tienen como objetivo acercar al hijo natural reconocido a la familia legítima, objetivo contrario al defendido por la CGC y en especial por García Goyena quienes en el Proyecto adoptan un sistema protector de la filiación matrimonial con grave perjuicio de la extramatrimonial. La Unversidad no se preocupa de los hijos llamados ilegítimos en sentido estricto, pero, al menos, amplía considerablemente los derechos de los naturales reconocidos.

### 3.2.4 La moderación de las medidas liberalizadoras de la propiedad y del tráfico

Otra de las características del informe universitario es su propuesta de una moderación de las medidas protectoras de la propiedad y del tráfico por medio de la introducción de otros valores como la equidad, la protección a la parte más débil o la equivalencia de las prestaciones. La propuesta no es expresa pero se deduce de varios de sus comentarios.

Al tratar de las «bases económicas» del Proyecto vimos cómo éstas se orientaban hacia los objetivos de consolidar la propiedad privada como un derecho libre, pleno e individual, así como proteger el tráfico económico. Una de las medidas en que aquéllas se tradujeron había consistido en la prohibición de la práctica totalidad de las sustituciones testamentarias, prohibición que el claustro considera excesiva desde el momento en que pierde su fundamento. Esto es lo que a su juicio ocurre en el artículo 636.2.<sup>o</sup><sup>313</sup>. El claustro

«no puede conformarse porque no siendo perpetuo el derecho de suceder en el usufructo ó inalienables los bienes que reciba el tercero, no se halla inconveniente en que pueda hacerse esta substitution que es muy comun principalmente entre los cónyuges que no tienen herederos forzosos, entre los que se observa con frecuencia que [...] se instituyen por herederos usufructuarios con la facultad de enagenar la propiedad si les fuese preciso para atender á sus necesidades, mandando que pase á los herederos instituidos en segundo lugar solo lo que quede; y este modo de substituir, lejos de ofrecer inconvenientes, favorece la voluntad del testador y proteje los intereses del heredero y del substituto»<sup>314</sup>.

---

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 60, aunque añade una excepción que consistirá en privar a la madre que no reconoció en vida a su hijo, del derecho de sucederle, aunque después de muerto se preste a ello pues le mueve en este caso el interés y no el afecto.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 60 bis.

<sup>313</sup> Artículo 636: «Quedan comprendidas en la prohibición del artículo anterior: (...) 2.º Aquella (disposición) por la que es llamado un tercero al todo ó parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero».

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 47.

Otra de las bases que se adoptaron para liberalizar la economía consistía en la desaparición de la rescisión por lesión, aunque el texto definitivo del Proyecto admitió varias excepciones. La regla general, en todo caso, sigue siendo la prohibición, cosa que no comparte el claustro salmantino. Siendo la medida «acertadísima en los negocios mercantiles, porque así lo exige la necesidad de dar extension, rapidez y facilidades á las operaciones de comercio, no es igualmente util cuando se aplica á todo género de contratos». La debilidad del vendedor, nacida de varias posibles causas, puede llevarle a vender por una cantidad muy inferior a la habitual; por otro lado, no hay que olvidar que, en muchas ocasiones, los contratantes no se encuentran en situación de igualdad, sino que uno prevalece sobre el otro. Por ello «no hay mas remedio para evitar estos escesos é iniquidades que la rescision por lesion enorme. Pueden resultar algunos inconvenientes graves, como la inseguridad y la dificultad de celebrar contratos sucesivos: no los desconoce la Comision, pero transige mejor con ellos que con la autorización de la perfidia y de la injusticia»<sup>315</sup>. Frente a las consideraciones económicas introduce criterios de equidad, de justicia material.

Estos criterios se repiten en el caso de la restitución *in integrum* establecida en favor de los menores, pues se solicita que tenga lugar «siempre que los perjuicios sufridos por el menor fuesen de alguna gravedad. No hay motivo suficiente para limitarla al caso del artículo (el 1169), porque si se concede á los menores este derecho singular, es para ampararlos contra las asechanzas de la mala fe, suplir su debilidad...»<sup>316</sup>.

Una última opinión dentro de las disposiciones de liberalismo económico del Proyecto es la emitida sobre el interés del préstamo dinerario. El claustro se plantea, como punto de partida, si conviene marcar un límite al interés del dinero. Recuerda que históricamente así se ha hecho e incluso se ha pretendido rebajarlo en lo posible en una permanente lucha contra la usura y la codicia. Y, a continuación, da su parecer acerca tanto del interés legal como del convencional. Sobre el primero solicita que se baje el tipo en lo posible «porque se halla persuadida de que los intereses elevados matan la industria, arruinan á muchas familias [...], desconciertan el precio de las cosas y desmoralizan á la sociedad»<sup>317</sup>; en cuanto al convencional, más revelador, solicita que «no pueda esceder del cincuenta p% (*sic*) del legal en vez del doble designado en el artículo. La adopción de esta medida colocará á los empréstitos con interés al nivel de los con-

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 108. Admite como excepción el que «si uno de los contratantes fuese un artífice, no gozará del derecho de rescision, cuando el objeto del contrato pertenece al oficio ó profesion que ejerce. En este caso ha obrado deliberadamente...».

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 109. A estas consideraciones hay que añadir su disconformidad hacia el artículo 1173 porque la demanda se limitará al daño sufrido en las obligaciones contraídas en nombre del sometido a tutela o curaduría, p. 110; con motivo del artículo 1174 se duda acerca de la procedencia o no del derecho de rescisión en el caso de adquirente ulterior a título lucrativo, a lo que responde afirmativamente «porque no es justo que nadie se enriquezca á costa del otro», p. 110.

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 156.

tratos de arriendo, venta y otros, cuya rescisión tiene lugar por lesion en mas de la mitad del justo precio, producirá un beneficio para los infelices mutuarios sin cerrar la puerta á los préstamos»<sup>318</sup>.

Las medidas protectoras del tráfico, plasmadas en los títulos de la hipoteca y el registro público, no son muy comentadas; únicamente, por lo que de defensa de los pequeños propietarios trasluce, puede destacarse su comentario al artículo 1821 al que hay que añadir lo dicho respecto al artículo 1003. Sobre este último opina que no debe exigirse escritura pública para validar una obligación que no pase de 1.000 reales. Al comentar el 1821 añade:

«no solo no deben inscribirse los documentos públicos; sino tambien los privados cuando no escedan de aquella cantidad, suprimiéndose este artículo. Esta es una determinacion que reclama imperiosamente el 1826 con el que está de todo punto conforme. Todo acto de mutacion y traslacion de la propiedad debe seguramente inscribirse como en el mismo se dispone; pero no estenderse en escritura pública porque no hay necesidad de esta exigencia para que la inscripcion pueda surtir todos los efectos que se apetecen y embarazaría mucho las enagenaciones de fincas pequeñas, ó de poco valor que son muy frecuentes en las provincias en que la propiedad se halla muy subdividida»<sup>319</sup>.

En realidad, se trata de otra manera de proteger el tráfico jurídico no por medio del fomento de la seguridad jurídica, sino evitando desincentivarlo a causa de gravosas formalidades.

En el título de la prescripción, el informe muestra, una vez más, su interés en equilibrar la protección del tráfico con la justicia material. Como varias Audiencias Territoriales, critica el artículo 1962 porque la publicidad de la venta en subasta pública de la cosa perdida o hurtada no es suficiente razón para privar al dueño verdadero de reclamarla antes de la prescripción si no abona el precio al comprador. El claustro propone «que se estableciera que el dueño pueda reclamarlas dentro de los tres años que por regla general se fijan para la prescripcion de las cosas muebles sin pagar nada y desde los tres años á los seis que se añaden para las hurtadas ó perdidas abonando al poseedor lo que le hubiesen costado»<sup>320</sup>.

### **3.2.5 La cuestión de la uniformación de los Derechos civiles vigentes**

Por último, y en relación con las soluciones adoptadas por el Proyecto para unificar el Derecho Civil en España, el claustro trata de mantenerse al margen de la cuestión (no hace, por ejemplo, ningún comentario sobre el artículo 1992), pero no deja de sugerir la necesidad de asegurar de forma más tajante, los derechos adquiridos conforme a los Derechos hasta

---

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 181.

entonces vigentes; en general, evita valorar las medidas que suponen una innovación radical para los ciudadanos sujetos a los Derechos civiles forales.

La última reflexión del claustro antes de comenzar su examen particularizado es «una que juzga muy importante. Si las leyes no deben tener fuerza retroactiva, el nuevo código no puede estender racionalmente sus mandatos á hechos que aunque no consumados están ya perfectos. La justicia y el sosiego doméstico y social exigen que entre las disposiciones transitorias se dé cabida á una que declare válidos los testamentos y contratos otorgados legítimamente antes de la publicación del código cualesquiera que sean las cláusulas que contengan. *A la sombra y bajo la protección de las antiguas leyes han nacido derechos y esperanzas que las nuevas deben mantener y respetar. De lo contrario la inquietud y la alarma se esparcirían por las familias, nadie estaría seguro de que un nuevo legislador no le lanzase de la posesión de las cosas que hoy adquiriera [...]. Debe presumirse fundadamente que los ilustrados autores del Proyecto no habrán querido lastimar ningún derecho; conviene sin embargo consignar de una manera expresa que no se invalidarán por el nuevo código los testamentos y contratos que estuviesen celebrados con arreglo á las leyes antiguas*»<sup>321</sup>.

Una vez más se censura al Proyecto no ya su escaso nivel de transacción sino algo más elemental y primario, el respeto a los derechos adquiridos; esta protección podría haberse defendido desde el artículo 3 pero las disposiciones transitorias en sede de capitulaciones matrimoniales produjeron confusión, que se tradujo en varias peticiones, entre ellas las de la Facultad, para que fuera consignada otra u otras disposiciones donde expresamente se salvaguardaran testamentos y contratos celebrados. Por otra parte merece destacarse que el claustro reclama la protección no sólo de los derechos adquiridos sino de las esperanzas legítimas, si bien respecto a estas últimas no propone ninguna medida.

Ésta es la única petición general respecto a la uniformidad de los Derechos civiles por parte del claustro salmantino. Junto a ella, y a lo largo de sus comentarios particulares, manifiesta una postura poco interesada en la adopción de unas normas más equidistantes entre la regulación castellana y las forales, de forma que sus sugerencias son en su mayoría técnicas, neutras y casi siempre con el Derecho castellano como único punto de referencia.

Los títulos donde esta postura se pone de manifiesto son principalmente los dedicados a la sucesión, testada e intestada. En el polémico punto del establecimiento de las legítimas destaca la ausencia de todo tipo de referencia al artículo 642 y, en general, sus comentarios no valoran la soluciones que presenta el Proyecto en los puntos donde divergían sensiblemente los distintos Derechos. Curiosamente, al llegar al artículo 663, uno de los pocos en los que se incorpora una norma originaria

---

<sup>321</sup> *Ibidem*, pp. 6 y 7. La cursiva es nuestra.

de un Derecho foral, la Comisión muestra su disconformidad de manera evidente:

«El cónyuge supérstite no es razonable goce de la facultad de mejorar que el artículo le otorga. Puede abusarse de ella, producir rivalidades, y contrariar los deseos del cónyuge premuerto, el cual habiendo fallecido sin haber mejorado á ninguno de sus hijos há dado muestras inequívocas de querer igualarles; y ese nivel desaparece ejercitando el sobreviviente el derecho que se le concede y merece ser personalísimo»<sup>322</sup>.

Algo similar ocurre en la sucesión intestada; el informe elude los artículos conflictivos y centra sus observaciones en tres puntos: la cuestión del doble vínculo y vínculo sencillo de la línea colateral a la hora de suceder *ab intestato*; los derechos de los hijos naturales y los derechos del cónyuge viudo. Respecto al primer punto defiende la supresión del artículo 760 a cambio de otro que declare la preferencia exclusiva del doble vínculo en la línea colateral porque «fundándose las sucesiones *ab intestato* en el amor [...] este amor es mas fuerte en los hermanos y otros colaterales unidos por las líneas paterna y materna, que cuando lo están solo por una»<sup>323</sup>. Sus opiniones, respecto a los derechos sucesorios de los hijos naturales, ya las hemos visto anteriormente. La tercera modificación del sistema de sucesión intestada se refiere al cónyuge viudo, y presenta una redacción alternativa al artículo 773 «en su primera parte» tras acordarse las variaciones siguientes:

«1.º que el viudo *pobre* herede el quinto en el caso de que el difunto deje algun descendiente: 2.º que el viudo herede el cuarto *aunque no sea pobre*, si deja algun ascendiente: 3.º que el viudo, concurriendo con hermanos, herede en el tercio: 4.º que si concurre con otros colaterales dentro del cuarto grado herede en la mitad: 5.º que si no los hubiese del cuarto grado herede en el todo»<sup>324</sup>.

El claustro razona cada uno de los cinco puntos: la exigencia de pobreza en el primero debido a la preferencia exclusiva que siempre ha tenido la línea descendente, a la existencia del deber de alimentos de los hijos respecto del padre o madre para el caso de necesidad de éste, así como de la presunta mayor necesidad económica de los hijos. Respecto a la tercera variación, se funda en razones afectivas, como los años vividos en común, la contribución de ambos en la creación del patrimonio familiar y, en resumen, en la existencia de lazos más estrechos entre los cónyuges que respecto a sus colaterales. Los redactores incluso consideran que por todas estas razones correspondería al cónyuge viudo toda la herencia concurriendo con colaterales pero «ha querido respetar de alguna manera el derecho universalmente reconocido hasta ahora, y por eso

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>324</sup> *Ibidem*, pp. 56 y 57.



solo se ha propuesto conceder la mitad de los bienes á el cónyuge en el caso de que se está tratando». El último supuesto es calificado de un deber de justicia hacia el cónyuge, lo que demuestra que su punto de referencia es el Derecho castellano:

«Justo es que toquemos una época en que se estimen en algo por la ley los derechos de los cónyuges en las sucesiones mútuas, yá que tantos siglos han transcurrido en que han sido postergados; justo es que la legislacion dé un testimonio público de el aprecio que dispensa á estas personas [...] y justo será tambien que manifieste de un modo inequívoco la proteccion que es debida á las uniones lícitas, porque en ellas va envuelta la prosperidad del Estado: y cuando motivos tan atendibles se presentan á la consideracion de cuantos miran el asunto con imparcialidad, cuando por otra parte yá se han respetado hasta cierto punto los derechos de los colaterales dentro del cuarto grado, no parecerá extraño que la Comision se decida en todo á favor del cónyuge sobreviviente faltando aquellos»<sup>325</sup>.

El último de los artículos polémicos del Proyecto en que se detiene el informe es el que dispone las medidas transitorias sobre censos, foros, etcétera, el artículo 1563. El claustro considera dignas de conservarse todas sus disposiciones salvo la primera «con referencia á la cual advierte que al parecer se adopta una misma regla para la redencion de los censos en los que se pagan ademas de la pension, el laudemio ú otros gravámenes y en que solo hay canon anual; y siendo razonable establecer tipos distintos, cree que si es aceptable el tres p% en el último caso no lo deberá ser en el primero»<sup>326</sup>.

En definitiva, el informe del claustro evita deliberadamente entrar a valorar el grado de transacción entre los Derechos civiles españoles que se desprende del articulado y, en las pocas ocasiones en que se pronuncia, critica los pequeños signos de transacción que aparecen en el Proyecto. Únicamente recalca la importancia de mantener protegidos los derechos adquiridos e incluso las esperanzas nacidas bajo los Derechos vigentes.

### 3.2.6 Valoración del informe de la Facultad de Jurisprudencia de Salamanca

¿Constituye el informe un obstáculo para la promulgación del Proyecto? Es indudable que de su lectura se deduce la necesidad, a juicio de sus redactores, de una revisión en profundidad, pero dicha revisión tiene más bien la doble finalidad de completar y afinar la técnica jurídica que

<sup>325</sup> «... una cosa equivalente se encuentra en la Ley de 9 de mayo de 1835; por ella se dá al cónyuge este mismo derecho, aunque solo en el usufructo, debiendo volver á su fallecimiento los bienes en que hubiese sucedido á los colaterales desde el quinto grado en adelante. Al separarse la Comision de este modo de suceder, lo ha hecho porque á su juicio las razones indicadas son de un valor extraordinario, y tal que no sería un desacierto dar aun mas preferencia á las personas de que se trata», *ibidem*, p. 59.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 151.

de desechar el Proyecto; es más, tan detenido análisis refleja el interés por el perfeccionamiento de un texto al que, revisado, se le da su apoyo.

La valoración de conjunto no es desfavorable aunque sea necesaria su revisión no sólo para corregirlo sino para completarlo. Sentado esto, «el Proyecto decide innumerables cuestiones que han dividido por muchos siglos á los jurisconsultos, resuelve con acierto problemas difíciles, é introduce sin violencia algunas escelentes instituciones extranjeras. Si la Comision censura mucho tiene todavía mucho más que elogiar en el trabajo que examina»<sup>327</sup>.

El extenso informe comparte características con los provenientes de las Audiencias Territoriales aunque se diferencia de éstos por su interés más teórico que práctico, así como por su minuciosidad, propia de su origen. Las características principales del informe son cuatro:

En primer lugar, y como sus autores advierten, se trata de un informe técnico, en el que prevalecen las observaciones jurídicas si bien muchas de ellas son de detalle e incluso de redacción. Simplificando puede decirse que la Facultad considera al Proyecto excesivamente reducido, falto de definiciones y poco «didáctico».

En segundo lugar, muestra una concepción más tradicional acerca de las relaciones familiares fundamentalmente a través de la defensa de la autoridad paterna y la crítica a la nueva regulación de la mayoría de edad. La protección a la familia viene acompañada, sin embargo, de su propuesta de mejorar la situación del hijo natural reconocido, al que, en cierta medida, asimila a la familia legítima.

En tercer lugar, propugna una moderación de las medidas protectoras de la propiedad y del tráfico por medio de la introducción de otros valores, como la equidad, la protección a la parte más débil o la equivalencia de las prestaciones.

Por último, y en relación con la solución adoptada por el Proyecto a la hora de unificar el Derecho Civil en España, trata de mantenerse al margen pero no deja de sugerir la necesidad de asegurar de forma más tajante los derechos adquiridos.

### 3.3 LA CRÍTICA DE LA DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

#### 3.3.1 **Introducción**

Aunque no forma parte, estrictamente hablando, de la crítica elevada a la CGC, es indudable que los comentarios y críticas de los juristas de la época debieron de influir en la frustración del Proyecto del Código Civil. Por otra parte, la influencia de estos comentarios, en su mayoría realizados a través de las revistas jurídicas, es de un peso difícilmente calculable

---

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 7.

y cualquier hipótesis resultaría arriesgada. Estas razones nos han llevado a optar por realizar una selección de comentarios.

No es el objetivo de este trabajo hacer una recopilación exhaustiva de todos los artículos, reseñas, comentarios que aluden al Proyecto o proponen regulaciones alternativas a materias concretas. Lo que interesa es conocer la opinión de *la doctrina*, esto es, de los juristas reconocidos de la época con el fin de comprobar si existió una reacción, o varias, en el sentido de una postura definida y respaldada por un número suficiente de juristas, durante el período en que el Proyecto no está definitivamente abandonado. Esto lleva a ampliar ligeramente el margen de tiempo pero siempre ceñido a los años inmediatamente posteriores a su publicación.

Juristas reconocidos que se preocuparan de valorar detenidamente el Proyecto en su conjunto fueron muy pocos<sup>328</sup>. Desde Cataluña se publicaron algunas series de artículos que también se incluyen a pesar de ceñirse, y esto es significativo, casi exclusivamente al comentario del sistema de legítimas previsto en el Proyecto.

A la hora de revisar las publicaciones, el dato más destacable es la relativamente escasa repercusión tanto de la publicación del Proyecto como de su posterior abandono. Es cierto que se le dedicaron estudios monográficos y que durante los años posteriores, desde las notas editoriales, se publican lamentaciones por el retraso de la codificación civil, pero la atención se centraba en la crítica del Código Penal de 1850, así como en cuestiones de procedimiento. La crítica doctrinal no fue, en términos generales, excesivamente dura con el Proyecto<sup>329</sup>, si bien la necesidad de una revisión en profundidad, tal y como se desprendería del informe de la Universidad de Salamanca, es una conclusión común.

Conforme pasen los años, las críticas evolucionan ligeramente y se insiste en la necesidad de publicar un Código Civil, para lo cual la mayor parte del trabajo ya se ha realizado, quedando tan sólo pendiente su revisión. Aparecen otras consideraciones, además de las críticas propiamente dichas al texto. En 1856, por ejemplo, *El Faro Nacional* en un artículo editorial denuncia como principal causa del fracaso de la reforma legislativa –no sólo civil– las desavenencias políticas y, en definitiva, la ausencia de un poder político estable y fuerte capaz de llevar adelante una reforma, que, como todas, conlleva críticas y opiniones desfavorables: «No es suficiente la ilustración para llevar á cabo estas grandes empresas: se necesitan además la independencia de

---

<sup>328</sup> En el ACGC se conservan escasos números de observaciones de particulares sobre títulos o disposiciones muy concretas cuyo interés, más bien anecdótico en la mayoría de los casos, ha llevado a excluirlas del punto destinado a la crítica doctrinal. Aquellas que tienen interés se estudian dentro del apartado correspondiente a la crítica de los intereses económicos.

<sup>329</sup> De los Mozos afirma que contemporáneamente el Proyecto es «bien recibido por la doctrina, pero su disposición final derogatoria puso en guardia a los defensores de las particularidades de algunas provincias» y cita a Ortiz de Zárate, Cárdenas y Gómez de la Serna. DE LOS MOZOS, J. L.: Introducción a la obra *El Código civil...*, o. c., p. 37.

carácter, la impasibilidad ante toda exigencia de partido, y un valor y energía á toda prueba»<sup>330</sup>.

Junto con las peticiones de relanzamiento de la actividad codificadora en el Derecho Civil, en esta segunda fase, que ya no puede ser encuadrada dentro de la crítica contemporánea del Proyecto, se pone de manifiesto un efecto esencial de su abandono, que consistió en la apertura de un debate doctrinal acerca de numerosos puntos necesitados de reforma. En este debate los autores recurrirán casi siempre a la regulación del Proyecto como punto de referencia. Excede su estudio del análisis de la doctrina contemporánea que aquí se pretende realizar, pero es bueno, al menos, dar noticia de esta singular consecuencia de la frustración del Proyecto<sup>331</sup>.

Modelo de esta evolución en la crítica doctrinal fue una de las más importantes revistas de la época, *El Faro Nacional, revista de jurisprudencia, de administracion, de tribunales y de instruccion publica*. Comienza su andadura en el mismo año en que se presenta el Proyecto de Código Civil, 1851, y le dedica a éste la atención más destacable junto con *El Derecho Moderno*, antecesora de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Colaboran en *El Faro Nacional* antiguos miembros de la primera CGC, como Seijas Lozano, prestigiosos juristas como Gómez de la Serna, Pacheco, Antequera, etc.

La postura editorial de la revista, en el momento de la publicación del Proyecto, es definida: lo valoran como un buen texto legal pero consideran que las diferencias entre los Derechos civiles españoles exigen un debate previo que no se ha dado y que pretenden fomentar a través de la publicación de estudios y opiniones sobre los puntos más polémicos del Proyecto. Puede completarse su postura a través del respaldo que otorga la revista a la serie de artículos que publica de Cadafalch y Buguñá —a propósito de la sucesión catalana y la propuesta por el Proyecto de Código Civil y que se trata más adelante—, al que la revista apoya con las siguientes palabras:

«Creemos, como él, que la materia es acaso la mas trascendental y grave de las que comprende la reforma de nuestras leyes civiles; y en la duda entre los inconvenientes y ventajas que puede producir aquella, estamos por que se respeten y conserven, por ahora, ciertas instituciones á cuya sombra, como dice el señor doctor Cadafalch, han vivido prósperas y florecientes largos millares de familias»<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> «Revisión general de nuestros códigos», en *El Faro Nacional*, 1856, núm. 103, de 4 de septiembre, pp. 218 a 220.

<sup>331</sup> Resulta significativa la lista de temas que la Academia matritense de Jurisprudencia propone para el curso 1853-1854 donde aparecen, por lo que se refiere al Derecho Civil, puntos como «¿Es necesario en nuestra legislación el consejo de familia tal como se halla establecido en la francesa?», «Las hipotecas tácitas, ¿son compatibles con un buen sistema hipotecario?», «El orden de suceder establecido en Castilla, ¿debe generalizarse á todas las provincias del reino? En el caso negativo, ¿debe establecerse en todas ellas otro orden uniforme? ¿Cuál deberá ser este?», «¿Ha existido y existe en la Iglesia potestad legislativa y judicial?», «Importancia y utilidad del consentimiento paterno, con relacion al orden moral de la familia y al bienestar futuro de los hijos. ¿Convendría que el disenso paterno fuera suplido por el magistrado ó por la autoridad gubernativa?», *RGLJ*, 1853, vol. II, pp. 427 y 428.

<sup>332</sup> *El Faro Nacional*, de 27 de julio de 1852, pp. 510-511.

Mientras que en *El Derecho Moderno* el Proyecto es bastante bien considerado a través de la crítica de su director, Francisco de Cárdenas, es en *El Faro Nacional* donde quizá se recalque más el uniformismo de la obra. En enero de 1852, Francisco Pacheco advierte desde sus páginas que será difícil llevar a cabo las reformas del Proyecto, presididas por el «pensamiento de uniformar nuestra legislación», ya que se encontrará con la resistencia de los usos y costumbres de ciertas provincias de la monarquía. Pacheco insiste en que su intención no es dificultar la unidad nacional en el orden de la legislación civil que ha de ser el complemento de la unidad religiosa, política; su intención y la de la revista es «que se medite con detenimiento este grave y trascendental asunto, para que la resolución que se adopte lleve en sí, por lo sabia, conciliadora y prudente, la garantía del acierto»<sup>333</sup>. La «gran cuestión de los fueros especiales» a su juicio debería haber sido abordada por los redactores del Proyecto en un discurso preliminar que se echa en falta y en el que se expusieran las razones filosóficas y de conveniencia de las principales innovaciones del Código, así como «apreciando á la vez, y respetando en lo que fuera justo, si así se creía conveniente, tales ó cuales principios de la jurisprudencia foral»<sup>334</sup>. Lamentablemente no se hizo así, lo que explica, a juicio de la revista, en boca de Pacheco, la recepción de comunicaciones de personas «muy competentes» sobre diferentes puntos del Proyecto, bien apoyándolos, bien negándolos.

Las colaboraciones de lectores o suscriptores acerca del Proyecto son variadas:

Como ejemplos, se pueden citar las «Observaciones sobre algunos artículos del proyecto del Código Civil, relativos al usufructo de minas», firmado por N. M., quien, tras mostrar su desacuerdo con algunos puntos de la regulación del usufructo por no tener presentes las especiales características de las minas, señala que la minería debiera tener una legislación especial completa<sup>335</sup>.

En 1855 publica un trabajo Bravo y Tudela sobre la menor edad donde se plantea la conveniencia de la reducción de ésta, fijada en los veinticinco años, hasta los veintiuno<sup>336</sup>.

Defiende la institución del Consejo de familia Manresa y Sánchez a propósito de la tutela<sup>337</sup>. Por el contrario, rechaza esta institución A. B. T.<sup>338</sup>.

<sup>333</sup> PACHECO, F.: «Fueros de Aragón y Leyes de Castilla», *El Faro Nacional*, 1852, núm. 63, de 15 de enero, pp. 27 a 29.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 28

<sup>335</sup> *El Faro Nacional*, 1852, núm. 67, de 1 de febrero, pp. 57 a 60. Se hace eco de este artículo Antequera en sus comentarios «Sobre el proyecto del Código Civil» que tratamos más adelante.

<sup>336</sup> BRAVO Y TUDELA, A.: «De la menor edad», *El Faro Nacional*, 1855, núm. 9, de 13 de diciembre, pp. 73 a 76.

<sup>337</sup> MANRESA Y SÁNCHEZ, J.: «Influencia de las instituciones políticas en el diverso carácter de la tutela», *El Faro Nacional*, 1856, núm. 63, de 27 de mayo, pp. 574 y 575, y núm. 70, de 12 de junio, pp. 635 a 637.

<sup>338</sup> «Reforma de nuestra legislación civil», *El Faro Nacional*, 1855, núm. 14, de 4 de febrero, pp. 110 a 112; núm. 16, de 18 de febrero, pp. 121 a 123, y núm. 22, de 1 de abril, pp. 172 a 173.

Merece la pena destacar otra colaboración con la revista, a cargo de un suscriptor, don Cayetano Población Fernández, por sacar a la luz el artículo 5 del Proyecto<sup>339</sup>, uno de los más interesantes y que apenas produjo comentarios. El autor se dedica, tras una breve introducción histórica acerca de la costumbre *contra legem*, a comentar las razones expuestas por García Goyena en sus *Concordancias...* para fundamentar la prohibición de la costumbre. Para el firmante el artículo 5 del Proyecto tiene dos objetivos: «alejar de la administración de justicia la arbitrariedad judicial, concretando las atribuciones de los tribunales, y de preparar la realización de la unidad de fueros»<sup>340</sup>. Ninguno de los dos objetivos corre peligro por la admisión de la costumbre *contra legem*, en el primer caso por la prudencia demostrada por los tribunales españoles y en el segundo caso porque si el legislador debe tener en cuenta los usos de su pueblo también debe respetar las prácticas contrarias que posteriormente surjan: «Por eso, en nuestro concepto, si el art.º 5 llega á ser ley, será siempre una letra muerta». Por otra parte, ¿abarca el artículo 5 a la costumbre según ley y fuera de la ley? Para el autor es una cuestión dudosa pero opta por interpretar que no, ya que en caso contrario «se borraría la interpretación de los códigos y se sancionaría la injusticia, convirtiendo al juez en un autómatas y negando la noble misión del jurisconsulto...»<sup>341</sup>.

Como excepción a la limitación antes expresada y debido a la escasa reacción conocida desde Aragón, donde regía un Derecho Civil propio, merece la pena recoger tres colaboraciones enviadas a *El Faro Nacional*. En primer lugar, la revista publica, y respalda, un discurso de Jaime Claver, catedrático de jurisprudencia de la Universidad de Zaragoza, en defensa del sistema sucesorio aragonés<sup>342</sup>, en lo que constituye una de las pocas manifestaciones contemporáneas conocidas que desde Aragón se alzaron frente al Proyecto.

Realiza este jurista una defensa del sistema de sucesión en Aragón frente a la limitación de Castilla donde para evitar la injusticia de los padres se llega a la injusticia de los hijos, mientras que la libertad aragonesa «dejando al juicio del padre la designación del heredero de la casa, y secundando este sus afanes en la administración, procuran ambos abundantes ahorros con que atender á las carreras de los hermanos y sus dotaciones cuando llegan á colocarse», a la vez que refuerza los vínculos familiares. De su defensa parecería lógico concluir con la reclamación de la conservación de su sistema pero su petición es más moderada: «No intento con esto robustecer la patria potestad, ni ampliar el poder del jefe de la familia en la parte dispositiva de sus bienes, en

<sup>339</sup> Artículo 5: «Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó práctica en contrario, por antiguas y universales que sean».

<sup>340</sup> POBLACIÓN FERNÁNDEZ, C.: «Observaciones sobre el artículo 5 del proyecto», *El Faro Nacional*, 1857, núm. 160, pp. 81 a 84. La cita en p. 83.

<sup>341</sup> *Ibidem*.

<sup>342</sup> Discurso insertado en el artículo de Pacheco «Fueros de Aragón y Leyes de Castilla», o. c.; el discurso de Claver, en las pp. 28 y 29.

una época en que la disolución moral prescribe á la legislación el principio de confianza. Estoy de acuerdo en que se adopte de Castilla este mismo principio; pero procurando templarlo con la disposición aragonesa, aunque modificada». Mayor transacción, por lo tanto, en un Proyecto que «contiene muchas cosas que merecen impugnarse, especialmente por los aragoneses»<sup>343</sup>.

El mismo Claver colabora, meses después, con otro artículo sobre el mismo objeto, titulado «Sucesión forzosa»<sup>344</sup>. En esta ocasión califica al artículo 642 como contrario no ya a los fueros aragoneses y las constituciones catalanas, sino también a la legislación de Castilla, pues al reducir la mejora del tercio hasta entonces vigente «el padre queda enteramente desautorizado, y en una imposibilidad absoluta de marcar con premios y castigos la justa distinción de los buenos y los malos hijos, faltando á estos los mas eficaces estímulos para el buen comportamiento con los padres»<sup>345</sup>. Para el autor, la razón de esta reforma, que es uniformar la «jurisprudencia civil de los diferentes pueblos de España», ofrece la dificultad de escoger con acierto el Derecho que será común para todos; pero mientras lo más lógico hubiera sido «que se hubiera tomado lo bueno de cada una de las legislaciones que en la actualidad se hallan en observancia», el Proyecto en este punto, «proscribiendo todas las leyes españolas, ha importado del extranjero una nueva disposición, producto de la jurisprudencia moderna», con lo que no sólo los habitantes de los territorios forales sino todos los españoles quedarán descontentos con la nueva ley.

El Derecho civil aragonés aparece como alternativa a la regulación del Proyecto en un artículo de Nogués Secall a propósito de la siguiente cuestión: «si nombrados por un testador sus parientes, debían entenderse los mas próximos ó todos los contenidos dentro del 10.º»<sup>346</sup>. Dicha cuestión requiere una ley clara, que resuelva dudas y para ello el autor propone la adopción de la norma aragonesa, por la cual se entiende que el llamamiento a los parientes se refiere a los más próximos en el momento de la muerte del testador además de atenderse al origen de los bienes: «no podrá desconocerse que la legislación aragonesa contiene tesoros que pueden utilizarse en el nuevo Código». Estamos en 1855 y ya se da por supuesto si no el descarte definitivo del Proyecto sí el de su redacción original. El mismo autor, miembro del equipo redactor de la revista<sup>347</sup>, defiende otras instituciones y principios del Derecho Civil aragonés como el elogio de la normativa sobre la mujer,

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>344</sup> CLAVER, J.: «Sucesión forzosa», *El Faro Nacional*, 1852, núm. 103, de 13 de junio, pp. 364 y 365.

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 365.

<sup>346</sup> NOGUES SECALL, M.: «Sucesiones. Cuestión legal», *El Faro Nacional*, 1855, núm. 42, de 19 de agosto, pp. 341 a 343.

<sup>347</sup> En 1855 son redactores de *El Faro Nacional* además de Nogués Secall, De la Concha Castañeda, Pareja de Alarcón y Antequera. Entre sus colaboradores destacan los nombres de Seijas Lozano, Cárdenas, Ríos y Rosas, López Claros, etc.

especialmente de la viudedad frente a una legislación «semi-castellana, semi-francesa»<sup>348</sup>.

Conforme pasan los años, las críticas desde *El Faro Nacional* son más benévolas y comienzan a reclamar la revisión del Proyecto de Código Civil para poder ser promulgado. Todavía a principios de 1854 publica un duro editorial sobre el Proyecto en el cual además recuerda la mala experiencia vivida con la codificación penal<sup>349</sup>. Tras la «revolución» de 1854, a la que por cierto apoya el periódico, abriga esperanzas hacia un relanzamiento de la reforma legislativa, pero un año después se cree en el deber de recordar que aunque «conocemos desde luego las grandes dificultades que se tocan para la realización de una reforma; pero no por eso deben abandonarse los proyectos para llevarlas á cabo»<sup>350</sup>. La alusión a la «falta de unidad de legislación, á los fueros y privilegios» no basta, pues la unidad tiene a su favor a los más eminentes juristas:

«¿Por qué, pues, no se procura extirpar tantos odiosos privilegios como al lado de justas concesiones se encuentran? [...] ¿Convendría que la reforma se hiciese hoy por medio de un código general? En nuestra opinión sí [...]. Materiales hay en abundancia que pudiesen servir para la formación de un Código Civil de España; y entre ellos se encuentra principalmente el proyecto presentado tres años há, no obstante sus muchos y graves defectos»<sup>351</sup>.

Propone «un gran concurso» donde se expongan sus defectos todos los juristas y después «preséntese este trabajo á las Cortes inmediatas, publíquese para que todos lo conozcan; y la prensa y los representantes del país, las capacidades todas, contribuirán por su parte á la depuración y perfección de ese Código, que así formado, será recibido con aplauso general, con unánimes muestras de aprobación»<sup>352</sup>.

La propuesta era inviable y así en julio la revista sigue clamando por una reforma del Derecho y denunciando el olvido de los trabajos presentados:

«Increíble nos parecería, si no lo hubiéramos visto que en 1851 se hubiese anunciado de una manera alarmante y hasta inconveniente la tercera reforma del Código Penal, desprestigiando esta colección legal en el concepto público, y nada se haya hecho después para llevarla á

---

<sup>348</sup> NOUGUES SECALL, M.: «Influencia del bello sexo en la legislación y libertades aragonesas», *El Faro Nacional*, 1855, núm. 47, de 22 de septiembre, pp. 377 a 380.

<sup>349</sup> «De nuestros propósitos en 1854», *El Faro Nacional*, 1854, núm. 257, de 1 de enero, p. 3: «El gobierno ha publicado un libro, bien inferior por cierto en mérito científico, y hasta bajo su aspecto literario, traducido casi literalmente del Código Civil francés, en discordia en muchos puntos con las costumbres y necesidades de España y que por todos estos inconvenientes no parece destinado á remplazar á nuestras antiguas leyes, al menos en la forma en que se halla, y después que la censura pública y la opinión respetable de la magistratura y del foro español han demostrado los muchos defectos de que adolece, en medio de algunas útiles innovaciones y otras medidas acertadas».

<sup>350</sup> «Reforma de nuestra legislación civil», *El Faro Nacional*, 1855, núm. 14, de 4 de febrero, pp. 110 a 112; la cita en p. 111.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 111.



cabo: que poco después se publicase con gran aparato el proyecto de Código Civil, que se le hiciese juzgar por todos los tribunales, corporaciones y facultades jurídicas de España, y quedase luego relegado al olvido tan importante trabajo»<sup>353</sup>.

A continuación se abordan las principales críticas emitidas sobre el Proyecto en su conjunto con motivo del llamamiento a la información pública: los trabajos de Antequera, Ortiz de Zárate y Cárdenas; junto a ellos, dos series de artículos que, centrados en el sistema de legítimas recogido en el Proyecto, publicaron dos juristas catalanes, Reynals y Rabassa y Cadafalch y Buguñá. Mucha menor envergadura tienen dos críticas menores llevadas a cabo por Escobar y Gutiérrez de Arce:

Escobar publicó su comentario en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, la cual había nacido en 1853, en plena información pública del Proyecto de Código Civil de 1851. La revista toma el relevo a *El Derecho Moderno*, donde Cárdenas ya se había ocupado del Proyecto. En su presentación, los editores muestran su interés por incentivar la discusión y estudios doctrinales en España, así como ampliar el conocimiento sobre los Derechos y corrientes jurídicas extranjeras. Durante el primer año de existencia de la RGLJ el Proyecto de Código Civil no figura entre sus materias de interés, pero entre 1854 y 1855 publica el comentario de Escobar, abogado de la provincia de Huelva, titulado «Algunas reflexiones sobre el Proyecto del Código Civil español»<sup>354</sup>. El trabajo constituye una visión original y anecdótica<sup>355</sup> acerca del Derecho Civil al hilo de su comentario al articulado pero no pudo constituir una crítica de peso frente al Proyecto<sup>356</sup>.

Dentro de sus observaciones al articulado entresacamos su opinión acerca de algunas materias polémicas: sobre el artículo 75, con el que afirma estar conforme, opina que, aprobado el Concordato con la Santa Sede, la cuestión se reduce a determinar si este artículo, de promulgarse

<sup>353</sup> «Codificación», *El Faro Nacional*, 1855, núm. 35, de 1 de julio, p. 282.

<sup>354</sup> ESCOBAR, J.: «Algunas reflexiones sobre el Proyecto del Código Civil español», en *RGLJ*, 1854, vols. IV, pp. 129 a 149 (art. 1.º), y V, pp. 5 a 25 (art. 2.º); 1855, vols. VI, pp. 5 a 23 y 261 a 267 (arts. 3 y 4), y VII, pp. 245 a 253 (conclusión).

<sup>355</sup> La propia redacción de la Revista advierte al inicio que no va a calificar las doctrinas del autor y, más adelante, cuando Escobar propugna la desaparición de la sucesión testamentaria no pueden menos que recordar que «al publicar esta Revista los apreciables trabajos que se nos remiten, dejamos la responsabilidad moral de ellos á las personas que los firman». *Ibidem*, vol. V, p. 10.

<sup>356</sup> Sus observaciones son generales y particulares. Las primeras se resumen en solitar la exclusión del Proyecto de aquellos artículos que deben formar a su juicio parte de la Constitución del Estado y de aquellos que forman el Derecho de la familia. Los primeros son todos los vinculados a los «cuatro derechos sociales de *Gobierno, de propiedad, de protección y de Justicia*» (*sic*) vol. IV, p. 132. De acuerdo con esto, el derecho de propiedad no puede ser recogido y menos limitado por una ley secundaria como el Código Civil, vol. IV, p. 132. En cuanto al segundo grupo, hay que tener en cuenta que en la familia se encuentran los cuatro derechos antes mencionados en «permanente ejercicio», razón por la cual el autor defiende la conveniencia de «separar en un código fundamental todo lo que sea relativo á constituir la familia», vol. IV, p. 136.

el Proyecto, es capaz de derogar lo establecido en el Concordato, cuestión sobre la que Escobar opina que no, dado el carácter de contrato diplomático de este último<sup>357</sup>; no es partidario de que el matrimonio produzca de derecho la emancipación (art. 272) ni, de acuerdo con la mayoría de las críticas, de la reducción de la edad necesaria para ser mayor de edad (art. 276) que debería seguir siendo de veinticinco años. La crítica más sorprendente, dentro del Libro III, corresponde al artículo 555 que prevé la sucesión por testamento considerada por Escobar como algo «injusto e inmoral». En su lugar, «debe darse al hombre toda la amplitud, para que en vida pueda ser generoso con la propiedad plena ó usufructo de sus bienes, con sola la limitación de que no perjudique las legítimas natalicias de sus descendientes, ni comprometa su existencia con la donación de todos sus bienes ú otra especie de prodigalidad»<sup>358</sup>. En cambio es partidario del establecimiento de legítimas que abarquen la totalidad de caudal hereditario: «La ley es la que, arreglando el destino de los bienes de los que mueren, debe ser el testamento general para todos, y de este modo se procederá con arreglo á la justicia primitiva, y se evitarán tantos males, y se simplificará la codificación»<sup>359</sup>. No comparte, pues, la regulación de las legítimas del Proyecto; éste «no hace más que reproducir nuestro derecho comun de Castilla con corta diferencia»<sup>360</sup>. La legítima es una deuda natural de los padres y, por tanto, por ninguna causa debe permitirse la desheredación; por último, la legítima debe ser una «dote natalicia, proporcionada á los haberes de los padres para asegurar la vida y posición social del hijo cuando se verifique su emancipación». Por el contrario, no existe deuda natural para con los ascendientes por lo que no deben existir legítimas para ellos. Estos y otros comentarios no suponen una oposición real al Proyecto, porque si bien las teorías que el autor propone implicarían no una revisión sino un Código Civil bien diferente, las originales propuestas de Escobar no tenían posibilidad de salir adelante. Junto a estas contrapropuestas deben tenerse en cuenta sus críticas técnicas y constructivas que una vez más apoyan una revisión del Proyecto.

En cuanto a José María Gutiérrez de Arce, envía, en enero de 1853, al Ministerio de Gracia y Justicia, sus artículos sobre el Proyecto publicados en el periódico *La Esperanza*<sup>361</sup>. Bajo el título de «Reparos sobre el Proyecto del Código Civil» expone sus observaciones únicamente sobre el Libro I tras comprobar que se extienden a la práctica totalidad del articulado y, por tanto, excede el trabajo a sus propósitos. El análisis, en sus propias palabras, se circunscribe «á la parte literaria», de escaso interés aunque incluya algunas valoraciones sobre el fondo. Como gran parte de sus contemporáneos, agradece el esfuerzo del Proyecto por tratar de resolver cuestiones dudosas con el consiguiente aumento de la seguridad jurídica.

<sup>357</sup> *Ibidem*, vol IV, pp. 138 y 139.

<sup>358</sup> *Ibidem*, vol. V, p. 15.

<sup>359</sup> *Ibidem*, vol. V, p. 16.

<sup>360</sup> *Ibidem*, vol. V, p. 21.

<sup>361</sup> Se conservan en ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 1, documento 8.

Dentro de sus escasas críticas de fondo, declara no compartir la prohibición del artículo 47, «pues se nos figura que hay mas razones para dar valor á los esponsales de futuro celebrados solemnemente, que para considerarlos legalmente nulos»<sup>362</sup>, así como desapruueba la regulación del divorcio y solicita a la Comisión que lo redacte de nuevo «acomodandole á las costumbres españolas y cánones de la Iglesia. En nuestro concepto, el gobierno no puede por sí solo hacer las innovaciones que se advierten en el Proyecto. Se trata nada menos que de alterar lo establecido en las leyes eclesiásticas, y es sabido que para eso se necesita de la intervencion de la potestad espiritual»<sup>363</sup>. Para el autor, en cualquier caso, tanto la nulidad como el divorcio (separación) competen a la autoridad eclesiástica. Como otros críticos, no comprende la diferencia entre el adulterio de la mujer y el del marido que establece el artículo 76 y considera un medio de facilitar el divorcio la admisión de las injurias graves como causa de éste.

Del resto de sus comentarios puede destacarse su propuesta de elevar de veinte a veintidós los años necesarios para alcanzar la mayoría de edad; su valoración positiva de la introducción del Consejo de familia a pesar de necesitar correcciones en algunos puntos y de la introducción de la patria potestad materna; finalmente, apunta numerosos detalles a la regulación de la tutela y del Registro civil, éstos últimos en parte coincidentes con los ya vistos de las AA. TT. y los Obispos como los inconvenientes de dedicar un libro de registros para cada año en pequeñas poblaciones, su desaprobación del deber de llevar los libros por duplicado o las dificultades para certificar en el plazo de veinticuatro horas la muerte de una persona cuando el facultivo debe atender a varios pueblos alejados entre sí<sup>364</sup>. Su crítica, al margen de las inevitables denuncias de la innecesariedad de algunos artículos y la falta de otros, se centra en acusaciones fundamentalmente de estilo<sup>365</sup> para terminar solicitando una detenida corrección del texto.

### 3.3.2 Antequera en *El Faro Nacional*

José María de Antequera publicó dos series de artículos donde comenta las principales líneas e innovaciones introducidas por el Proyecto de Código Civil. La primera, durante los años 1851 y 1852 bajo el título «Sobre el proyecto del Código Civil»<sup>366</sup>.

<sup>362</sup> *Ibidem*, artículo III.

<sup>363</sup> *Ibidem*, artículo VI.

<sup>364</sup> *Ibidem*, arts. XXV y XXVI.

<sup>365</sup> Censura el Proyecto el que «Su lenguaje no es siempre uniforme, correcto, sencillo y familiar»; opina que parte de sus defectos provienen de la traducción poco meditada del Código Civil francés, considera excesivo el número de disposiciones y echa en falta un capítulo dedicado a las reglas principales del derecho. *Ibidem*, artículo XXIX.

<sup>366</sup> ANTEQUERA: «Sobre el proyecto del Código Civil», *El Faro Nacional*, Madrid, 1851, núms. 43, de 5 de octubre, pp. 425 a 427, y 44, de 10 de octubre, pp. 433 a 435, dedicados al título preliminar y firmados por F. Pareja de Alarcón. Dedicados al Libro I, *El Faro Nacional*, 1851, núms. 50, de 10 de noviembre, pp. 497 a 500, y 52, de 20 de

Los dos primeros artículos, dedicados al título preliminar, los firma su compañero en la revista Pareja de Alarcón. Su valoración de este título, del que afirma que se trata de una traducción en su mayor parte del que recoge el Código Civil francés<sup>367</sup>, es, en líneas generales, buena, aunque solicita la incorporación de «reglas para la promulgación de las leyes». Concretamente alaba el artículo 3, pues «en el orden civil la retroactividad de las leyes sería un absurdo repugnante, incompatible con la libertad y seguridad del ciudadano y con el orden público»<sup>368</sup>. El principio debe aplicarse incluso en las normas posteriores interpretativas, pues éstas atenderían contra lo ya pactado, obligatorio entre las partes. Considera también muy oportuno el artículo 5 en el que se anuncia que no valdrá alegar la costumbre contra ley.

Finalmente, Pareja de Alarcón considera, tal vez por no haber leído la totalidad del Proyecto, que no se manifiesta «claramente si este código ha de ser universal para todas las provincias y pueblos del reino, quedando en su consecuencia abolidos todos los fueros y leyes especiales, que tanto abundan por desgracia en nuestra España, con perjuicio de su unidad civil y política»<sup>369</sup>.

La crítica del Libro I corresponde ya a Antequera, quien comienza por aprobar el orden y distribución de sus materias<sup>370</sup> y advierte que se limitará no al estudio sino a la exposición de sus principales normas<sup>371</sup>.

La calificación de afrancesado aparece en el comentario de Antequera, si bien se apresura a señalar que «para nosotros no es demérito que figure en nuestro Código Civil una inmensa mayoría de las disposiciones del francés, si ellas son de suyo convenientes y útiles [...]. En estos casos sólo deseamos que se respete nuestra nacionalidad, y que no se sacrifiquen nuestras antiguas costumbres, en lo que merezcan ser conservadas, á consideraciones de ningún género»<sup>372</sup>.

La valoración de las innovaciones se produce en muy pocas ocasiones: es favorable a la desaparición de los esponsales de futuro; frente a la regulación del consentimiento paterno del Proyecto, Antequera prefiere

---

noviembre, pp. 515 a 516. *El Faro Nacional*, 1852, núms. 65, de 25 de enero, pp. 41 a 44; 66, de 29 de enero, pp. 49 a 52, y 67, de 1 de febrero, pp. 57 a 60, dedicados al Libro II. El resto se ocupan del Libro III: *El Faro Nacional*, 1852, núms. 99, de 27 de mayo, pp. 329 a 335; 100, de 30 de mayo, pp. 339 a 342; 101, de 3 de junio, pp. 345 a 348; 102, de 6 de junio, pp. 356 a 359; 117, de 8 de agosto, pp. 526 a 529; 118, de 12 de agosto, pp. 539 a 542; 119, p. 555; 122, de 26 de agosto, pp. 604 a 608; 125 de 5 de septiembre, pp. 654 a 658; 128, de 16 de septiembre, pp. 696 a 699; 148, de 25 de noviembre, pp. 1020 a 1023; 152, de 9 de diciembre, pp. 1088 a 1092, y 156, de 23 de diciembre, pp. 1148 a 1153.

<sup>367</sup> A lo largo del comentario se citará el número de la revista y la página, para facilitar su localización. *Ibidem*, núm. 43, p. 425.

<sup>368</sup> *Ibidem*, núm. 44, p. 433.

<sup>369</sup> *Ibidem*, núm. 44, p. 435.

<sup>370</sup> *Ibidem*, núm. 50, p. 497.

<sup>371</sup> «No es posible en modo alguno que entremos en el análisis detallado de cada uno de los artículos (...) no es, pues, su *estudio*, sino su *esposicion* (...) nos hemos de limitar á dar una idea de lo que es el código en su conjunto, y apuntar, juzgándolas muy de paso, las principales diferencias...», *ibidem*, núm. 50, p. 498.

<sup>372</sup> *Ibidem*, núm. 50, p. 499.

la consignada en el Código Civil francés que lo exige en los dos padres y hasta una edad más elevada; sobre la nulidad y el divorcio, sencillamente señala que por su importancia se reserva su comentario para posteriores trabajos. Tras calificar de «muy fundadas y prudentes» las reglas sobre filiación, aplaude especialmente la decisión de no aceptar otra legitimación que la del subsiguiente matrimonio. Finalmente, recorre brevemente los últimos títulos, calificando de interesantes las novedades en los títulos de tutela y curatela, así como justificando el plan y la división del título dedicado al Registro civil. En definitiva, mantiene un tono ligeramente aprobatorio dentro de su neutralidad.

En su breve crítica del Libro II, del que alaba su sistema y clasificación, encuentra numerosos defectos de redacción e incorrecciones en el lenguaje pero básicamente aprueba su contenido. Eso sí, veladamente vuelve a censurar la dependencia del texto respecto del Código Civil francés<sup>373</sup>.

Más interés tienen los siguientes artículos que están dedicados a los cuatro primeros títulos del Libro III<sup>374</sup>. El análisis de las «consideraciones y principios fundamentales» que rigen la sucesión en el Proyecto se traduce en un juicio positivo, pues demuestran «la conformidad que guardan los del proyecto que nos ocupa con los consignados en el derecho civil de las demas naciones, y especialmente con los que, á través de la confusión y oscuridad de sus disposiciones, se encuentran en nuestros voluminosos cuerpos legales»<sup>375</sup>.

La acusación de «afrancesado» no parece que se mantenga, por tanto, en esta materia. La adecuación del Proyecto a la legislación española es en realidad la adecuación a los cuerpos legales castellanos. Antequera no entra en la cuestión de la diversidad de sistemas sucesorios españoles; es más, se muestra partidario y alaba varias de las medidas que contradicen los principios de los Derechos sucesorios forales. De forma global y a través de las novedades que comenta, se trasluce una valoración francamente positiva de los títulos sobre sucesión testada e intestada. Dentro del primero, merecen su aprobación, entre otros, la introducción del testamento ológrafo, la prohibición de los testamentos mancomunados y de todas aquellas figuras que contradicen su carácter personalísimo, así como varios artículos sobre solemnidades de los testamentos.

Con respecto al artículo 608 se limita a señalar que «es una consecuencia del sistema de desamortización que ha presidido á las reformas legales verificadas en España desde que comenzó la revolución presente», aunque no tiene mayor valor desde la firma del Concordato con la Santa Sede<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> «Bueno será advertir ante todas las cosas que en cuanto llevamos examinado hasta ahora del referido proyecto, no es éste sino una traducción más ó menos arreglada del Código Civil francés», lo cual «en nada rebaja el mérito del Código», *ibidem*, núm. 66, p. 49.

<sup>374</sup> *Ibidem*, núm. 99, núms. 100, 101 y 102, citados.

<sup>375</sup> *Ibidem*, núm. 100, p. 339.

<sup>376</sup> *Ibidem*, núm. 100, p. 341.

Llega así al trascendental artículo 642 que se limita a describir de forma neutra y exclusivamente con referencia al Derecho castellano vigente<sup>377</sup>. En cambio, valora positivamente los artículos 643 y 648 en cuanto resuelven disputas doctrinales, lo que también consiguen los artículos 644, 662 y 663. De alteración notable es calificado el artículo 653 por el que se permite disponer en favor del cónyuge del usufructo de una parte de la legítima. Esta innovación, así como el nuevo límite de la mejora son elogiadas por el autor, ya que la primera «tiende á hacer llevadero al cónyuge viudo la pérdida de su consorte y la desmembracion consiguiente del haber que antes disfrutaba, y la otra viene á hacer desaparecer esa enorme desigualdad que antes separaba al hijo mejorado en un tercio del caudal hereditario, del que, cuando los hermanos eran muchos, solo habia recogido una pequeña parte de los dos tercios restantes»<sup>378</sup>.

Por lo que se refiere a las sucesiones intestadas, el Proyecto contiene innovaciones acertadas como son la prohibición del principio de troncalidad que consagra el artículo 743 «muy justo y conveniente porque en el acervo de bienes que componen una herencia resultan á veces considerablemente disminuidos los del conyuge que mas aportó, y el sistema de troncalidad en estos casos no introduce sino una manifiesta injusticia»<sup>379</sup>.

Merecen su aplauso también los artículos 759 y 760, pues mejoran la condición de los medios hermanos «á quienes nuestro derecho actual trata con una desconsideracion notable»; mucho más justa es también la disposición del artículo 766 y la del artículo 773, que mejora la situación del cónyuge viudo, olvidado por la leyes de Partida y, por último, «las disposiciones del Proyecto son mucho mas claras, mas convenientes y equitativas respecto á los hermanos naturales, que las de nuestro derecho vigente»<sup>380</sup>, aunque advierte que las innovaciones no son exactamente tales, pues la Ley de 16 de mayo de 1835 dio un primer paso que el Proyecto se limita a mejorar.

Pero no toda la regulación de la sucesión intestada es objeto de alabanza: el derecho de representación no debe tener lugar cuando concurren únicamente sobrinos del difunto, pues no tiene razón de ser; son muy limitadas las ventajas que se conceden en la herencia al cónyuge superviviente y, finalmente, el autor considera inútil el artículo 774.

El título III es rápidamente repasado, pues no contiene grandes novedades, en gran medida porque la legislación vigente era la acertada y el Proyecto simplemente se ha debido limitar a «metodizarla y precizarla aun mas, para poner en armonía el testo de nuestras leyes con la jurisprudencia de los tribunales y la interpretacion de los comentadores»<sup>381</sup>.

---

<sup>377</sup> «Mucho mas notable é importante nos parece todavía la reforma propuesta por el artículo 642, el cual intenta modificar la disposicion de nuestro derecho», y simplemente resume el artículo sin detenerse a valorarlo, *ibidem*, núm. 100, p. 341.

<sup>378</sup> *Ibidem*, núm. 100, p. 342.

<sup>379</sup> *Ibidem*, núm. 101, p. 346.

<sup>380</sup> *Ibidem*, núm. 101, p. 347.

<sup>381</sup> *Ibidem*, núm. 102, p. 356.

El título IV, dedicado a las donaciones, es muy bien acogido: «es uno de los mejores y mas completos del proyecto, y en el que con mas acierto se ha seguido el plan de simplificar y aclarar nuestra legislacion, que debe ser el principal objeto del nuevo Código Civil»<sup>382</sup>.

El siguiente título es objeto de una buena valoración a través del elogio del Código Civil francés y al que el Proyecto sigue de cerca. Tampoco en esta ocasión este comentario tiene un tono excesivamente reprobatario sino que se limita a dejar constancia de la paternidad de la nueva regulación, surgida, por otra parte, del Derecho romano y por tanto, afín a nuestra tradición jurídica. Las normas sobre obligaciones y contratos se basan en las leyes inmutables de equidad y justicia que expresaron los juristas romanos: «en ellas han buscado los códigos modernos, especialmente el de Francia, la fuente de todas las disposiciones en materia de obligaciones y contratos. Y, formadas estas últimas obras, los autores del proyecto que analizamos veían reducido su trabajo á tomar por modelo lo que encontrasen mas aceptable, sin separarse por eso de los principios del derecho comun, de que las legislaciones modernas no se han desviado...»<sup>383</sup>.

El mérito del Código Civil francés radica en haber reunido, a partir del Derecho romano, sus principales reglas en un cuerpo legal elemental y conciso, y el Proyecto de 1851 «ha copiado en lo general este excelente trabajo altamente apreciable y del mayor mérito, si se exceptúa el de la originalidad, que vamos echando de menos en el exámen de toda esta obra»<sup>384</sup>. En lógica con lo dicho, el autor alaba tanto el plan del título como el contenido de sus disposiciones y sus «principios y máximas fundamentales» entre los que destacan el principio de relatividad de los contratos, la prohibición de contratar en nombre de otro sin autorización y la perfección de los contratos por el mero consentimiento, sin necesidad de la entrega.

En el segundo artículo, que dedica al título V, «De los contratos y de obligaciones», insiste en su aprobación del seguimiento del Código Civil francés y en reducir el mérito de éste a su sistematización y actualización del Derecho romano. En cuanto a los redactores de nuestro Proyecto su labor se ha reducido «á haber traducido y acomodado á nuestro pais el Código francés, á cuyo trabajo deben entenderse dirigidos, en cuanto á las formas, los elogios que hagamos del proyecto español, así como, en cuanto al fondo, corresponden al *Digesto* y á los títulos de *Verborum significatio* y de *Regulis iuris*»<sup>385</sup>. En su repaso por el articulado de este título dedica palabras elogiosas a la mayor parte, sin detenerse especialmente salvo para comentar las innovaciones que considera principales: la prohibición de contraer obligaciones a nombre de un tercero (arts. 977 y 980), la prohibición del juramento en los contratos (art. 983) y el artículo 981

<sup>382</sup> *Ibidem*, núm. 102, p. 358.

<sup>383</sup> *Ibidem*, núm. 117, p. 526.

<sup>384</sup> *Ibidem*, núm. 117, p. 527.

<sup>385</sup> *Ibidem*, núm. 118, p. 539.

donde declara «innecesaria la entrega de la cosa para la traslación del dominio» sobre las que ya se había detenido en el artículo anterior y en éste se limita a recordar su notoria utilidad; la teoría del error en la legislación vigente daba lugar a muchas dudas que con una «buena y sana doctrina» resuelve el artículo 989; tanto las reformas en materia del error como en la causa «son en extremo notables y de gran trascendencia».

Otra de las novedades que destaca es la sección dedicada a la rescisión de las obligaciones. El Proyecto diferencia la nulidad de la rescisión, lo que es considerado como una innovación «justificada», mientras que el artículo 1161 contiene una novedad «original y propia» ya que se apoya en el Fuero Juzgo<sup>386</sup>. Mayor interés, desde nuestro punto de vista, tiene su desaprobación de la restitución *in integrum*<sup>387</sup>. En general, la rescisión y la nulidad de las obligaciones tienen en el Proyecto una mejor regulación que en la legislación vigente. Finalmente, es también bien valorada la disminución de la importancia de la prueba testifical, que se encontraba totalmente desacreditada<sup>388</sup>.

El título VI del libro III viene dedicado al contrato de matrimonio; no comparte Antequera esta denominación, al considerar que rebaja la naturaleza del matrimonio además de resultar de una precipitada traducción del Código Civil francés y una contradicción con el resto del Proyecto por dos razones: porque éste regula el matrimonio en el tratado de la persona y porque el título VI no se ocupa del matrimonio sino de los contratos que se celebran con motivo de éste<sup>389</sup>. Dentro de este título no aprueba la libertad que consagra el Proyecto en materia de sociedad conyugal, pues siendo ésta «enteramente diversa de todas las demás sociedades legales [...] Nosotros hubiéramos preferido á las leyes supletorias de la voluntad de los cónyuges, leyes reguladoras de esta misma voluntad, en que se establecieran todas las escepciones derogatorias de los principios generales que la conveniencia y la justicia aconsejasen»<sup>390</sup>. Más concretamente, aprueba las reformas en materia de donaciones matrimoniales y en materia de dote, donde encuentra manifestaciones de la tendencia de asegurar el haber dotal de la mujer frente a los riesgos de malversaciones de su marido, tendencia «altamente laudable», aunque en ocasiones «se ha protegido demasiado la seguridad de los bienes de la mujer, sin respetar la dignidad del marido y su alta posición como jefe de la familia»<sup>391</sup>. Por el contrario, no aprueba las disposiciones de los artículos 1278 a 1281 ni 1284 a 1289.

<sup>386</sup> *Ibidem*, núm. 118, p. 540.

<sup>387</sup> «La lucha entre la protección que merecen los menores y el respeto que se debe á los que con ellos contratan [...] será siempre origen de graves cuestiones para la ciencia legal. No creemos que el proyecto del Código los ha resuelto en el sentido de la conveniencia y de la justicia», y cita el comentario de Cárdenas al que califica de «escelente obrita», *ibidem*, núm. 118, p. 541. Al final de sus artículos recomienda el comentario de este autor por su sensatez y atinado juicio «y aunque en lo general nos parece demasiado favorable al proyecto mismo, no lo creemos por esto merecedor de censura...», *ibidem*, núm. 156, p. 1153.

<sup>388</sup> *Ibidem*, núm. 118, p. 541.

<sup>389</sup> *Ibidem*, núm. 119, p. 555.

<sup>390</sup> *Ibidem*, núm. 122, p. 605.

<sup>391</sup> *Ibidem*, núm. 122, p. 606.



Los títulos del libro III vistos son los considerados de mayor importancia para Antequera; a partir del título VII «son ya menos graves las cuestiones legales que suscita la lectura del proyecto y parecen menos importantes las innovaciones y reformas que introduce»<sup>392</sup>. Vuelve a repetir aquí lo que puede considerarse su comentario más característico: la importancia del Código Civil francés en la redacción del Proyecto<sup>393</sup> para pasar a repasar brevemente los siguientes títulos. Del título de la compraventa son acertados los artículos 1372 (la perfección del contrato por el consentimiento), el artículo 1374, pues aun no siendo nuevo resuelve dudas; los 1376 y 1380 por su justicia y el 1381 por ensanchar la esfera de las prohibiciones de una manera muy prudente; en materia de obligaciones del vendedor por la claridad y orden de las disposiciones. En general, muestra una buena valoración aun cuando se advierte que en ocasiones se preferiría el original a la copia, esto es, el Código Civil francés.

El retracto gentilicio, que desaparece en el Proyecto, es un punto sobre el que Antequera no parece querer pronunciarse, pero, tras declarar no encontrar su injusticia, opina que esta institución, como «todas las instituciones antiguas é inmediatamente unidas á la constitución de la familia, pudiera restringirse y modificarse tanto como se creyese conveniente, sin que por eso desapareciese por completo de nuestra legislación civil»<sup>394</sup>.

La permuta por su corta extensión no es examinada y el título de arrendamientos de manera muy breve. En este último, valora el esfuerzo por conciliar los intereses de ambas partes.

El comentario llega a la regulación de un punto polémico, los censos. Sobre el enfiteútico, su postura es tajante al calificarlo de «contrato cuya constitucion se considera hoy repugnante á los buenos principios de la ciencia, así por este perpetuo divorcio que establece entre el dominio directo y el civil, que es la esencia de su carácter, como por esa multitud de diversos derechos concedidos al señor del primero, con grave daño del último»<sup>395</sup>.

Aun así, y dados los intereses nacidos a su sombra, se reserva su opinión para otro estudio. En cualquier caso, tras describir la regulación del Proyecto no deja de valorarla positivamente: «Todo este conjunto de disposiciones, ¿no nos ofrece á la simple vista una doctrina mucho mas útil y mas conforme con los buenos principios del derecho que la consignada en la jurisprudencia que hoy nos rige en materia de censos? Creemos, pues, muy preferibles en esta parte las doctrinas y disposiciones del proyecto del Código Civil, salva la reserva que mas arriba dejamos consignada»<sup>396</sup>.

<sup>392</sup> *Ibidem*, núm. 125, p. 654.

<sup>393</sup> El Proyecto «ha reformado nuestra legislación colocándola sobre la francesa, introduciendo algunas novedades que el tiempo y la experiencia aconseja, y dando solución, las mas veces, con disposiciones traducidas del vecino reino, á algunas cuestiones agitadas y controvertidas en la práctica, que los legisladores franceses han logrado resolver con gran tino y acierto», *ibidem*, núm. 125, p. 654.

<sup>394</sup> *Ibidem*, núm. 125, p. 655.

<sup>395</sup> *Ibidem*, núm. 125, p. 656.

<sup>396</sup> *Ibidem*, núm. 125, p. 657.

Menos materia de comentario le ofrecen los títulos sobre sociedad, mandato, préstamo, depósito, contratos aleatorios y transacciones y compromisos, salvo si se descende «á la apreciacion de algunas minuciosidades y detalles»<sup>397</sup>. La única cuestión interesante para Antequera es el «préstamo á interés». Las posturas extremas, tanto a favor como en contra, no son adecuadas, mientras que la solución del Proyecto está enteramente de acuerdo con su opinión, que resuelve este punto «de una manera aproximada á lo que exigen la conveniencia y la justicia»<sup>398</sup>. El contrato de sociedad contiene buenas disposiciones, encaminadas tanto a hacer prevalecer el interés de la sociedad sobre el de los miembros como a impedir que se perjudiquen los derechos de cada socio (arts. 1578, 1580 y 1582). El título sobre los contratos aleatorios es una oportuna importación del Derecho francés, salvo el artículo 1701.

Los títulos XVII, XVIII, XIX y XX se tratan conjuntamente por referirse todos ellos a los modos de asegurar una obligación. Los cuatro, pero en especial los títulos sobre hipoteca y registro público, ofrecen muchos comentarios, por lo que prefiere reservarse para futuros estudios. A propósito de la fianza y al margen del comentario de las innovaciones que introduce como nuevos medios de extinción o de las dudas que resuelve, considera que el Proyecto «ha cuidado de sancionar entre sus principios los mas importantes que reconoce el derecho de fianzas»<sup>399</sup>; alaba la correcta distinción de la prenda y de la hipoteca; sobre esta última, opina que los redactores del Proyecto han intentado calcar la legislación francesa y defiende la urgencia de implantar los principios de publicidad y especialidad, con lo que desaparecerán tanto las hipotecas generales como las tácitas, principios que siguen los redactores del Proyecto. En este comentario cita a Cárdenas y a las *Concordancias...* de García Goyena<sup>400</sup>. Una de las cuestiones que más le interesan es la protección de los intereses de quienes no pueden defenderse a sí mismos, para lo que pide incluso sanciones penales para los infractores. Respecto al título XX, se dedica a describirlo de forma neutral, aunque lo califica como uno de los más importantes del articulado, y únicamente no aprueba el artículo 1785, pues limitar el valor de lo hipotecado del duplo del de la obligación garantizada significará en la práctica que no llegará a cubrirla, sobre todo si el litigio es largo<sup>401</sup>.

Sobre los últimos títulos, realiza un breve repaso, donde califica de simplificada y razonable la nueva regulación de las obligaciones que se contraen sin convención; a propósito de la prisión por deudas, reconoce compartir la teoría de fondo por la que se admite, si bien presenta incon-

<sup>397</sup> *Ibidem*, núm. 128, p. 696.

<sup>398</sup> *Ibidem*, núm. 128, p. 697.

<sup>399</sup> *Ibidem*, núm. 148, p. 1021.

<sup>400</sup> Sobre éstas opina que «aunque de muy escaso interés en la generalidad de las materias sobre que versan, son dignos de leerse en la parte que se refieren á las hipotecas y registro público, en que la redaccion del Proyecto ha puesto un particular esmero», *ibidem*, núm. 148, p. 1022.

<sup>401</sup> *Ibidem*, núm. 152, p. 1091.

venientes que desarrollará en posteriores trabajos; también augura dificultades en la aplicación práctica del título de la graduación de acreedores, a pesar de aprobarlo en términos generales. Finalmente, considera bastante completo el título dedicado a la prescripción.

Su valoración final es muy interesante<sup>402</sup>. Comienza señalando los aciertos: la clarificación y organización metódica de las normas vigentes, el enriquecimiento del Derecho con nuevas disposiciones y la mejora de otras ya existentes pero dudosas y ocasionadoras de multitud de pleitos. En resumen, aumenta considerablemente la seguridad jurídica y la adecuación de la ley a las necesidades de una sociedad moderna. En el lado negativo de la balanza aparecen expresadas muchas de las críticas que se desprenden de otros informes y comentarios:

– Censura el predominio de los criterios y objetivos económicos sobre los intereses de la familia y de la sociedad en su conjunto: «se resiente mucho del espíritu materialista de la época, y que ante sus disposiciones merece siempre mas atencion, mas diligencia, mas acabadas definiciones y esplicaciones cuanto se refiere á los contratos y asuntos de intereses, que lo que dice en relacion con las instituciones fundamentales de la familia y del órden social».

– Su excesiva dependencia del Código Civil francés: «que hay en él muy escaso mérito de invencion, porque está casi literalmente traducido del Código francés».

– Los defectos de estilo y redacción: «que su estilo es muy defectuoso é inferior al que reclaman los adelantos literarios del siglo: que hay muchas reparacion en las ideas, por efecto del sistema de redaccion moderno, en que se completa el testo de un artículo con las citas de varios otros: que hay asimismo en muchos lugares caprichosa division de capítulos y poca claridad en las definiciones».

– Instituciones concretas cuya introducción o regulación no comparte: «y, sobre todo, que se introducen novedades y se proclaman principios que no dudamos de calificar de inconvenientes como el consejo de familia, la libertad de pactos en el matrimonio, y otros que no mencionamos».

Pero todos estos defectos no son el principal obstáculo para la promulgación del Proyecto, pues podrían resolverse con una cuidada revisión. Antequera añade tres consideraciones más: la tendencia conservadora que mira con aprensión la reforma del Derecho civil, el temor de repetir los conflictos y críticas que se produjeron con la publicación del Código Penal en 1848 y que lo llevaron a una inmediata reforma, y la convicción de que un Código no puede sustituir a todo un conjunto de normas como las que hasta entonces estaban vigentes.

En primer lugar, manifiesta el recelo con que se atiende a la pretensión de sustituir un Derecho civil complejo y compuesto por infinidad

---

<sup>402</sup> *Ibidem*, núm. 156, p. 1152.

de elementos por un Código Civil que en definitiva es una obra breve y concisa:

«Pero aun cuando se subsanasen todos estos defectos, ¿se cree que se vería con gusto convertir el proyecto en Código, y completamente arrinconada y derogada toda nuestra legislación antigua? ¿Se cree preferible refundir en un pequeño libro, puesto al alcance de todo el mundo, la grave y profunda ciencia de las leyes? ¿Se cree que pueden prescindir el juriconsulto y el magistrado de ese pasto dulce y agradable que se encuentra en la filosofía con que sus disposiciones están redactadas? [...] ¿Se cree que no surgirán de este libro, con el tiempo y con la práctica, dudas, vacilaciones y reclamaciones, que sean objeto de cotidianas resoluciones del gobierno y de leyes adicionales? No vacilamos en contestar negativamente á todas estas preguntas»<sup>403</sup>.

Pero el temor no es sólo a la insuficiencia del Código Civil sino a sus reformas. La actitud conservadora se traduce en una petición de «meditación», de reflexión y se reconoce la necesidad de un poder político fuerte para poder respaldar una reforma de tal trascendencia:

«El sentimiento íntimo de nuestra conciencia, y el doloroso ejemplo que nos ofrece el Código Penal, nos dicen que no puede admitirse este proyecto sino con gran pulso, cuando viene á derogar y á echar por tierra, sin restriccion ni consideracion alguna, nuestras antiguas y respetables leyes civiles: que no puede admitirse, decimos, sino despues de haberlo meditado y reflexionado maduramente, despues de haber oido todas las opiniones, todos los pareceres de los tribunales y corporaciones, cuyo voto es respetable y atendible en esta materia»<sup>404</sup>.

La experiencia de la publicación del Código Penal, ya aludida, se repite e incluso se atribuye a ésta la decisión del Gobierno de preparar la opinión pública con un debate previo:

«Por fortuna creemos que es este mismo el parecer y el propósito del gobierno de S. M. El proyecto del Código Civil, segun este propósito, no es probable que se mande observar como ley en mucho tiempo. Damos este consuelo á todos los amantes de la estabilidad de las instituciones; a los que, aunque desean la reforma y la mejora de nuestras leyes, temen verla realizada de un modo poco meditado, y temen para nuestro derecho civil la infecunda revolucion por que acaba de pasar nuestro derecho penal»<sup>405</sup>.

Este balance final es muy significativo, pues confirma la existencia de recelos sobre otros aspectos del Proyecto distintos de su tratamiento de los Derechos forales y de su afrancesamiento. La conciencia del temor que toda reforma del Derecho civil provoca, del imprescindible respaldo de un Gobierno fuerte que no existe en esos momentos, el recuerdo de la

---

<sup>403</sup> *Ibidem*, núm. 156, p. 1152.

<sup>404</sup> *Ibidem*, núm. 156, p. 1152.

<sup>405</sup> *Ibidem*, núm. 156, p. 1152.

codificación penal, los criterios económicos puestos por encima de consideraciones sociales y morales aún muy arraigadas en una sociedad donde la familia sigue teniendo un peso específico muy considerable, los innumerables detalles de fondo y de forma que ponen de manifiesto quienes informan sobre el Proyecto, todos estos factores contribuyen a frenar el proceso de su promulgación.

Años después, en 1856 y en la misma revista, Antequera retoma la cuestión y publica otra serie de artículos, esta vez bajo el título «Reforma de nuestra legislación civil»<sup>406</sup>. El estudio, mucho más breve que el anterior, pretende devolver actualidad a la reforma de la legislación civil, perdida «en un laberinto de proyectos» de los que el principal fue el de 1851, a través de la denuncia de los vicios del Derecho vigente.

El estudio es en realidad un resumen de lo ya expuesto en su trabajo anterior; dividido en los vicios referidos a la persona, la propiedad, las sucesiones y los contratos, dentro de los primeros menciona los esponsales, el recurso contra el irracional disenso, el sistema dotal debido a sus numerosas inconveniencias, la innecesaria clasificación de las donaciones matrimoniales, la legitimación por rescripto del príncipe, la falta de una ley que determine el fin de la patria potestad, entre otras.

En el segundo grupo, al margen de la infinidad de cuestiones que plantean las servidumbres y el usufructo y en las que no se detiene, denuncia algunas de las reglas que rigen en la accesión y defiende la desaparición del requisito de la entrega una vez establecida la perfección del contrato por el consentimiento.

En materia de sucesiones, los defectos son muy numerosos: las memorias testamentarias, el testamento por comisario, los otorgados conjuntamente por dos o más personas, la falta de una regulación clara de la forma en que hayan de testar los españoles en el extranjero y los extranjeros en nuestro país, ciertas prohibiciones para testar y ser testigos en los testamentos. Necesitan una reforma en profundidad las causas de incapacidad y de desheredación, los derechos del viudo y de los hijos naturales, todos ellos muy desatendidos en la legislación vigente, deben restringirse las sustituciones y entre éstas desaparecer la ejemplar y la fideicomisaria, etc.

En cuanto a los contratos, también se plantean numerosas dudas además de ser necesaria una reforma en profundidad. Como ejemplos de los defectos en esta materia, señala, entre otros, el requisito del juramento, las diferencias entre los distintos tipos de culpa, la figura de la resción por lesión en más de la mitad del precio, la confusión entre nulidad y rescisión, todos ellos dentro de las reglas generales de las obligaciones y contratos. El trabajo pasa revista a la mayor parte de los contratos de

---

<sup>406</sup> ANTEQUERA, J. M.: «Reforma de nuestra legislación civil», *El Faro Nacional*, Madrid, 1856, núm. 118, de 9 de octubre, pp. 338 a 340; núm. 123, de 21 de octubre, pp. 378 a 380; núm. 129, de 4 de noviembre, pp. 431 a 434; núm. 134, de 15 de noviembre, pp. 482 a 484; continúa en 1857, núm. 157, de 10 de enero, pp. 41 a 43 y núm. 159, de 15 de enero, pp. 68 a 71.

manera muy breve, limitándose a enunciar algunos defectos. Destacamos su prudencia al referirse a dos instituciones polémicas: el retracto gentilicio y el censo enfiteútico, sobre las que, como años antes, opina que debe reflexionarse con más calma. El repaso concluye con la petición insistente de la reforma del Derecho civil.

Antequer es mucho menos crítico con el Proyecto en esta ocasión. Hacia él, afirma, debe dirigirse la atención de la comisión de Códigos, «para que depurándolo de algunos defectos que en él se notan, y meditando antes de plantearlo algunas reformas de trascendencia que en él se introducen, se vea puesto en práctica cuanto antes, adelantándose de este modo la obra de nuestra codificación en uno de sus ramos más interesantes»<sup>407</sup>.

### 3.3.3 *Las Observaciones... de Ortiz de Zárate*

La *Revista de los Tribunales y de la Administración* ofreció a sus lectores, de forma independiente de la revista, el comentario al Proyecto redactado por uno de sus colaboradores, Ortiz de Zárate, bajo el título de *Observaciones al Proyecto de Código Civil*<sup>408</sup>. La obra se remite a la CGC para, según dice el oficio que la acompaña «obre los efectos oportunos»<sup>409</sup>.

Ortiz de Zárate acomete el estudio detallado no tanto de las líneas del Proyecto sino del articulado, que reproduce por entero. Su sistema consiste en transcribir el capítulo o sección que corresponda para a continuación dar su opinión tanto sobre el contenido como sobre el método seguido. Este último constituye un aspecto al que dedica especial importancia, hasta el punto de crear un apartado final que se repite en cada grupo de artículos comentados, donde valora un método que a menudo no comparte y que en casi todas las ocasiones califica de copia del Código Civil francés<sup>410</sup>.

La nota de afrancesamiento es especialmente frecuente en su comentario. De hecho, es el autor que más insiste en este aspecto del Proyecto, si bien es necesario distinguir matices en su censura. En ocasiones lamenta la excesiva influencia del Código francés<sup>411</sup>, pero en otras muchas se limita a hacer constar el papel de modelo de éste para un Proyecto que lo

<sup>407</sup> *Ibidem*, núm. 159, p. 71.

<sup>408</sup> ORTIZ DE ZÁRATE, R.: *Observaciones al Proyecto de Código Civil*, Burgos, 1852, *Revista de los Tribunales y de la Administración*.

<sup>409</sup> Oficio elevado el 15 de marzo de 1853, ACGC, sección organización, legajo 5, documento 103. No se conserva en el ACGC la obra.

<sup>410</sup> Por ejemplo, el método del libro I, p. 17, y el del título IV de este libro, p. 43; el título de la posesión, p. 110, etc. Por lo que se refiere al libro III califica su método de bien distribuido a pesar de sugerir algunas correcciones, p. 179.

<sup>411</sup> En el comentario del Consejo de familia se duele «del respeto exagerado con que se mira á la legislatura francesa. Nosotros queremos que se adopte todo lo bueno de las naciones extranjeras, pero con singular estudio y precaucion, y asimilandolo y adaptandolo á nuestras costumbres [...] Por esto tememos que despues de las leyes políticas, gubernativas, administrativas y rentísticas á la francesa, tengamos un Código Civil francés», p. 58.

mejora<sup>412</sup> o bien alaba la decisión de los redactores españoles de separarse de la solución propuesta en el texto galo<sup>413</sup>.

Ortiz de Zárate se ciñe fundamentalmente a las correcciones técnicas. No incluye observaciones generales, críticas globales. A propósito de la desaparición de los Derechos civiles vigentes no se pronuncia expresamente, aunque su postura se desprende de su valoración de artículos significativos. De la lectura de sus observaciones, pueden extraerse varias notas, que describen una postura más crítica que la de otros colegas si bien en muchas ocasiones su corrección es puramente de método y de detalle.

La primera nota destacable es su apoyo a las medidas del Proyecto que afectan a la Iglesia católica:

La prohibición de los esponsales de futuro, artículo «tan filosófico y que evitará tantos pleitos odiosos é infundados»<sup>414</sup>; la atribución de las causas de divorcio a la jurisdicción civil es oportuna ya que el matrimonio tiene naturaleza mixta<sup>415</sup> y es justo que «recupere el poder civil lo que al contrato corresponde»<sup>416</sup> mientras la Iglesia conserva el conocimiento de las causas de nulidad, pues sólo ella puede disolver el matrimonio que en España es un sacramento. Como en los comentarios de otros juristas de esta época, la línea que separa el ámbito civil y el canónico no es clara, y así, por ejemplo, solicita que por circulares se ordene a los párrocos que vigilen el cumplimiento de los artículos 55 y 56 (prohibiciones para contraer matrimonio) haciéndoles responsables de su incumplimiento<sup>417</sup>. Esta intervención del poder civil en el ámbito canónico también se manifiesta en sede del Registro civil, donde además de aprobar que sea encomendado al clero, vuelve a sugerir que se les pasen circulares para que conozcan adecuadamente no sólo los artículos del Proyecto sino los nuevos formularios<sup>418</sup>. Las medidas patrimoniales que limitan la capacidad de adquirir de la Iglesia, artículos 608 y 609, son calificadas de medidas armónicas con la economía política y buena administración pública<sup>419</sup>.

La concepción de la familia que surge del Proyecto ofrece tanto aspectos acertados como censurables:

Dentro de los primeros se encuentra la regulación del requisito del consentimiento paterno en el matrimonio del menor, si bien sería aconse-

<sup>412</sup> Como el título de la adopción donde «se ha mejorado notablemente en el fondo y en la forma el cap. I, tit. VIII, lib. I del Código Civil francés que parece haber servido de modelo», p. 45, o el título de la ausencia, p. 87.

<sup>413</sup> Por ejemplo en las pp. 244, 258 ó 276-277.

<sup>414</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>415</sup> Sobre el título dedicado al matrimonio, dentro del libro I escribe palabras de elogio precisamente porque «a grandes rasgos y con gran maestría se ha demarcado la línea divisoria del poder civil y del espiritual. El título III que examinamos, dedicado al matrimonio, es uno de los mejor escritos de nuestro Código y revela [...] la esperimentada prudencia y alta capacidad de sus autores», p. 33.

<sup>416</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>417</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>418</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>419</sup> *Ibidem*, p. 153.

jable exigirlo no sólo al hijo varón menor de veintitrés años sino a la hija menor de veintiuno o veintidós años<sup>420</sup> y la patria potestad materna, aunque la figura del consultor es calificada de inútil<sup>421</sup>.

En cuanto a los aspectos censurados, destacan dos: las medidas que debilitan la autoridad familiar y las que restringen los derechos de los hijos extramatrimoniales, medidas ya criticadas en buena parte de los informes. Por lo que se refiere a las primeras, considera excesivo que la menor edad se acabe a los veinte años y propone que se eleve hasta los veintitrés<sup>422</sup>. Hacer de la mayoría de edad una causa de extinción de la patria potestad tampoco se considera acertado, pues «la edad no debe bastar nunca para romper los vínculos de la patria potestad» de manera que mientras no se casen, emancipen o consigan un cargo público deberán mantenerse dentro de ella<sup>423</sup>. La protección de la autoridad familiar se extiende a aspectos patrimoniales como la crítica de la regulación del peculio adventicio, que a su juicio beneficia excesivamente al hijo perjudicando considerablemente al padre y por tanto a la economía familiar<sup>424</sup>.

La regulación de los derechos de los hijos extramatrimoniales es, como ya se ha denunciado en otros informes, demasiado severa. A propósito del comentario del reconocimiento de los hijos naturales, Ortiz de Zárate se manifiesta contrario al espíritu del Proyecto en esta cuestión, pues según él parte de un principio falso como es el de castigar a los inocentes y dejar impunes a los culpables: «El prohibir á los padres que reconozcan los hijos ilegítimos en ciertos casos y á estos que demanden la maternidad y paternidad, es abrir de par en par las puertas del vicio...». Su propuesta es la contraria: «Obligaríamos á los padres al reconocimiento de los hijos ilegítimos en todo caso y sin excepcion ninguna é incluso los adulterinos y sacrílegos [...] queremos nosotros castigar á los padres y proteger á los hijos»<sup>425</sup>. Y en especial solicita la desaparición del capítulo dedicado al reconocimiento de los hijos naturales «para ser reemplazado por otro que trate de los hijos ilegítimos, dividiéndolos en seis clases y consignando los derechos de cada una y su acción á solicitar el reconocimiento»<sup>426</sup>.

Las correcciones técnicas<sup>427</sup> prevalecen en el libro II; la mayor parte de éstas como en otros comentarios se dedican a la regulación del usufructo y de las servidumbres. Se insiste en la necesidad de evitar pleitos,

---

<sup>420</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>423</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>426</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>427</sup> En el título preliminar señala como defectos la falta de claridad, algunas lagunas en las normas de Derecho internacional privado pero con todo «tenemos un placer en poder manifestar que el título que acabamos de examinar es de mérito superior al del Código francés, holandés, bábaro, austriaco», p. 12. Por lo que se refiere al libro I, además de lo ya expuesto, comenta detenidamente los títulos sobre tutela y curaduría y propone mejoras de tipo práctico en el articulado del Registro civil.



para lo que pide una mejor redacción de los artículos dedicados a los reparos mayores y menores en el usufructo, la subsanación del excesivo laconismo de la regulación del uso y habitación y la nueva redacción de todo el capítulo dedicado a las servidumbres voluntarias. La nota de afrancesado se repite a propósito del método del libro II<sup>428</sup>.

La regulación del libro III, comentada de forma pormenorizada<sup>429</sup> aporta algunas notas más a la valoración de Ortiz de Zárate, referidas al liberalismo económico del Proyecto y a la transacción entre los Derechos civiles entonces vigentes. Junto a ellas, se repiten notas ya comentadas, como la censura de instituciones o regulaciones de éstas, que provocarían el aumento de pleitos, como en el caso del testamento ológrafo<sup>430</sup> o la necesidad de mejorar la suerte de los hijos extramatrimoniales<sup>431</sup>.

Numerosas desapariciones de instituciones de arraigo en los territorios no castellanos son alabadas por Ortiz de Zúñiga, bien en consideración a criterios económicos bien a criterios de apoyo al poder familiar, sin que en la mayor parte de los casos se haga referencia a las repercusiones que supondrá su aplicación en todo el territorio nacional. El comentario a la regulación de los herederos legitimarios es buen ejemplo de lo dicho. Ni siquiera acepta Ortiz de Zúñiga el leve componente transaccional que conlleva la graduación de la cuantía de la legítima en función del número de legitimarios, sino que solicita que el artículo 642 sea sustituido por la regulación castellana. La razón alegada es la necesidad de proteger a la familia, a la que el Código Civil debe definir incluyendo «todos los parientes»:

«en lugar de aumentar los derechos de la familia, los cercena, pues cuando haya un solo hijo pueden los padres disponer libremente del tercio de los bienes, y cuando exista un solo padre tienen los hijos igual facultad para disponer de la mitad de la herencia. Obrando de esta manera, se aflojan horriblemente los vínculos de la familia, y se da una expansion extraordinaria á las afecciones estrañas. Nosotros no haríamos en este punto novedad ninguna en nuestra actual legislacion, y dispondríamos que fuese legítima de los descendientes legítimos todos los bienes de los ascendientes, menos el quinto, y de estos todos los bienes de los descendientes, menos el tercio»<sup>432</sup>.

Ortiz de Zárate es plenamente consciente de su ataque a la libertad de testar, a la que no duda en calificar de despotismo de testar y frente a la cual propone que la sucesión forzosa se amplíe hasta los parientes de

<sup>428</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>429</sup> Destaca su aprobación del artículo 981 por el que no es necesaria la entrega de la cosa para transmitir su propiedad, p. 224, y de la abolición del juramento en los contratos; señala varios defectos en la regulación del requisito de la forma de las obligaciones, p. 229 ss.; propone abolir el apremio personal, pp. 410 y 411, además de incluir numerosos comentarios sobre cuestiones muy concretas de cada contrato.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>431</sup> *Ibidem*, pp. 160, 180, 188.

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 159.

cuarto grado inclusive, «hermanándose así la propiedad y la familia, esas dos grandes columnas del edificio social»<sup>433</sup>. Dentro de este «despotismo» incluye la regulación de la mejora: «Permitir [...] que el padre á su capricho dé á un hijo doble legítima que á otro, es llevar la discordia, la falsedad y la intriga al seno de las familias»<sup>434</sup>. En cuanto a la facultad de mejorar, solicita que desaparezca la posibilidad de encomendársela en capitulaciones matrimoniales al cónyuge sobreviviente que recoge el artículo 663<sup>435</sup>. En línea con su concepción de la sucesión mortis causa, considera que la desheredación debe desaparecer<sup>436</sup>.

Otra prohibición, la del principio de troncalidad en la sucesión intestada, también es alabada<sup>437</sup> y, conforme a su concepto amplísimo de familia, considera que el fin del llamamiento en décimo grado de la línea colateral es «estrecho y mezquino»<sup>438</sup>.

En lo que se refiere a otras figuras de arraigo en los territorios forales, como los testamentos de hermandad, por comisario, el heredero de confianza y las memorias testamentarias, todos ellos excluidos del Proyecto, la decisión es bien acogida pues se considera que permitían grandes abusos, injusticias en el reparto de las herencias y en definitiva favorecerían los engaños y fraudes<sup>439</sup>.

Destacables son su respaldo a la desaparición del retracto gentilicio y su propuesta de desaparición de todos los tipos de censos para «cortar de raíz» todos los males que producen, ya que la riqueza de los censos es «la de peor calidad»<sup>440</sup>. De especial interés son sus observaciones a propósito del contrato de matrimonio. En primer lugar, por su defensa del sistema económico de comunidad total de bienes recogido en el Fuero de Bailío y que propone extender a todo el país<sup>441</sup>. Previendo el fracaso de esta propuesta, solicita que se fije de «manera inmutable, la sociedad legal, y no se permita que los que se casan la alteren y modifiquen á su antojo con algunas restricciones». Lamenta la regulación de este título, que a su juicio debilita el principio de la familia, y expresamente solicita la desaparición de las donaciones matrimoniales hechas para después de la muerte del donador<sup>442</sup>. Respecto a las disposiciones transitorias que se preocupan de los derechos adquiridos y esperanzas legítimas de los sujetos a Derechos forales, opina Ortiz de Zúñiga que, además de corresponder más bien a una ley provisional separada del Código Civil, una vez admitidas en un punto

<sup>433</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>434</sup> En su lugar, «a quien tenia dos hijos solo le permitiríamos mejorar en un 5.º de la legítima de cada uno; al que tuviera tres en un 6.º de las mismas legítimas, y así sucesivamente», p. 163.

<sup>435</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>436</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>437</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>438</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>439</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 345.

<sup>441</sup> *Ibidem*, p. 283.

<sup>442</sup> *Ibidem*, p. 288.

«era preciso establecer otras de igual naturaleza en todos los títulos en los que se modifica la legislación vigente»<sup>443</sup>.

Con esta petición se aproxima a las peticiones de otros comentaristas y aparece al menos en lo que se refiere a derechos adquiridos un interés por las repercusiones de una reforma uniformadora de los Derechos civiles. Su apoyo se limita a la protección de los derechos adquiridos (art. 1263) pero no a las esperanzas legítimas (art. 1264): «Autorizar á los españoles á que por el largo espacio de diez años, despues de la publicacion del Código, puedan elegir libremente entre la legislacion abolida y la que se crea, es tener poca fe en la utilidad de las reformas que se ejecutan, y consentir el desórden más completo»<sup>444</sup>.

No es de extrañar, según esto, que en su comentario de la disposición final, por la que quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores, se limite a decir que «es indispensable para llevar á cabo el grande pensamiento de dar unidad á nuestra legislacion, y de que en toda España no haya mas que un solo Código Civil»<sup>445</sup>.

### 3.3.4 Cárdenas en *El Derecho Moderno*

Uno de los trabajos más completos de los publicados por aquellos años sobre el Proyecto de Código Civil de 1851 fue el firmado por Francisco de Cárdenas en *El Derecho Moderno* ese mismo año y titulado «De los vicios y defectos mas notables de la legislacion civil de España, y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el proyecto de Código Civil»<sup>446</sup>.

Resulta revelador que la finalidad de la obra no sea directamente valorar el Proyecto de Código Civil sino el análisis del Derecho civil español, sus deficiencias y las propuestas del Proyecto, todo ello destinado a resolver una cuestión previa: «De este examen resultará si las novedades que hayan de introducirse en nuestro derecho reclaman por su número y su naturaleza un Código general, ó bien si pueden hacerse por medio de leyes sueltas sin perjuicio de la unidad y buen sistema de toda la legislacion civil»<sup>447</sup>.

La cuestión es previa a la valoración del Proyecto y a ella va dirigida en primer lugar la exposición. Junto a este objetivo se encuentran otros dos, derivados de las consideraciones de la Real Orden de 12 de junio de 1851. Por una parte, valorar la trascendencia de una reforma que afecta a instituciones como la familia o la propiedad. Y por otra, la importancia de la reforma obliga a comprobar si se ha establecido correctamente un sistema transitorio que resuelva cuándo empezará aquél a regir, en qué

<sup>443</sup> *Ibidem*, p. 290.

<sup>444</sup> *Ibidem*, p. 290.

<sup>445</sup> *Ibidem*, p. 429.

<sup>446</sup> *El Derecho Moderno*, Madrid, 1851, tomo XI, pp. 193 a 432.

<sup>447</sup> *Ibidem*, p. 193.

medida afectará a los intereses creados, con qué «condiciones y paliativos se ha de verificar el tránsito de los antiguos usos y fueros á las leyes nuevas»<sup>448</sup>.

Cárdenas no plantea la cuestión de la conservación de la pluralidad de Derechos civiles y en muy pocas ocasiones reclama un mayor grado de transacción en el Proyecto; su preocupación se centra en la protección de los derechos adquiridos. A través del articulado realiza un análisis crítico del Derecho castellano vigente, así como de las innovaciones propuestas, análisis en el que resulta bien considerado el Proyecto en la mayor parte de los casos. El primer objetivo de su trabajo, demostrar la necesidad de un Código que resuelva y reforme el Derecho civil de forma sistemática, queda cubierto tras su concienzudo estudio, en el que pone de manifiesto el lamentable estado de atraso en que se encuentra el Derecho civil vigente, donde la práctica totalidad de las instituciones deben modificarse. El volumen de la reforma, así como la interrelación entre las instituciones, preconizan el sistema codificador por encima del recurso a leyes especiales. Demostrada la necesidad del Código, Cárdenas tiene palabras de elogio para el Proyecto<sup>449</sup>, aun cuando crea necesaria una revisión.

La buena valoración no equivale a una ausencia de críticas, aunque lo cierto es que no son excesivas. Cárdenas se muestra contrario de forma inequívoca en pocas ocasiones y puede decirse que en líneas generales su desacuerdo nace de su postura más decididamente liberal en materia económica. Por ejemplo, tanto en la regulación de la restitución *in integrum* como en la materia del interés del préstamo de dinero, se muestra partidario de liberalizar de tal forma el mercado que no exista la primera ni límite en el segundo. El trabajo sigue el articulado del Proyecto y se divide en cincuenta y cuatro epígrafes más una breve introducción.

Tras dos comentarios aprobatorios sobre dos artículos del título preliminar<sup>450</sup>, el autor se centra en el libro I<sup>451</sup>. La regulación del Proyecto sobre los puntos que trata es considerada por regla general acertada<sup>452</sup>,

<sup>448</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>449</sup> «Su obra no es perfecta, pero sí una de las mejores que conocemos de su clase: debería revisarse antes de plantear su ejecución, no solo para purgarla de algunos vicios de que adolece en el fondo, sino para descargarla del número inmenso de referencias de unos artículos á otros que dificultan su inteligencia y su estudio y para hacer correcciones de estilo en algunos de sus artículos; pero no tenemos asegurar que con estas ligeras innovaciones lograremos tener uno de los mejores códigos civiles de Europa y América», p. 432.

<sup>450</sup> Desaparecen en el Proyecto las excepciones a la regla según la cual la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento (art. 2); la segunda novedad, aplaudida también, es el artículo 7, que viene a llenar la laguna sobre la determinación de las leyes que rigen a los españoles domiciliados en el extranjero.

<sup>451</sup> Los epígrafes están dedicados a «Esponsales, matrimonio y divorcio», «Legitimación y reconocimiento de los hijos naturales», «Menor edad y patria potestad», «Tutela», «Restitución *in integrum*» y «Registro del estado civil».

<sup>452</sup> Expresamente son alabadas, además de las dos medidas vistas dentro del título preliminar (la desaparición de excepciones a la regla por la que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento y la determinación de las leyes que rigen a los españoles domiciliados en el extranjero) la regulación del permiso paterno en el matrimonio del menor, la

con las pocas críticas que siguen. La primera se refiere a la intromisión de la potestad civil en la canónica en materia de matrimonio. Tras aprobar la desaparición de los pactos esponsalicios en el Proyecto y convenir en que es necesario que también desaparezcan en el Derecho canónico, advierte que esto último no compete al legislador civil sino que debe adoptarse con el acuerdo de la Iglesia. La falta de competencia del legislador civil en materia de Derecho canónico se repite al tratar el conocimiento de las causas de divorcio, materia sobre cuyo fondo no entra sino que se limita a señalar que la potestad civil «no puede dispensar del cumplimiento de la ley eclesiástica, y una novedad tan importante no debiera adoptarse sino de acuerdo entre ambas potestades»<sup>453</sup>.

Otro punto en que manifiesta su desacuerdo es el tratamiento dado a los hijos naturales, ya que, si bien era muy necesaria la reforma, la propuesta por el Proyecto es «tal vez radical en demasía», especialmente al prohibir toda investigación de la paternidad y maternidad, pues sería injusto exigir a un hijo que cuenta con pruebas sobre su filiación materna que renuncie a ella<sup>454</sup>. Como la práctica totalidad de los comentarios sobre el libro I, éste también desaprueba el establecimiento de la mayoría de edad a los veinte años y se declara partidario de mantenerla en los veinticinco, ya que conviene fortalecer la autoridad paterna.

La última censura dentro de un libro muy bien valorado está dedicada a la restitución *in integrum*. El beneficio, calificado de injusto y odioso, ofrece además inconvenientes en la práctica, como la determinación del daño que da lugar a la restitución. Ninguno de sus beneficiarios necesita de tal protección mientras que el privilegio es un «semillero inagotable de pleitos injustos, y pretexto fácil para burlar la buena fé en los contratos»<sup>455</sup>. Los redactores del Proyecto «no se han atrevido á suprimir del todo la restitucion, si bien la han restringido considerablemente [...] Pero todas estas restricciones no bastan para salvar el mas grave inconveniente de la restitucion, á saber, que inutiliza los contratos celebrados, guardando todos los requisitos legales con los tutores, deja inseguro el dominio y dificulta las transacciones con los huérfanos que suelen tener menos necesidad que los otros hombres de celebrar contratos para la conservacion y fomento de sus intereses»<sup>456</sup>.

Dentro del libro II, la mayor parte de su atención se dedica a las dudas que el Derecho vigente ofrecía en materia de servidumbres y usufructo y que el Proyecto resuelve en gran medida, aunque no totalmente. Junto a

---

desaparición de la legitimación por rescripto del príncipe, la declaración expresa del fin de la patria potestad con la llegada a la mayor edad, la incorporación de la patria potestad materna, la regulación de la tutela y de la ausencia y la del Registro civil. Sobre esta última, opina que se ha procedido con acierto tanto al dejarlo en manos del clero como al dar «cierta intervencion en esta materia á la autoridad política á fin de asegurar la autenticidad de los actos». *Ibidem*, p. 226.

<sup>453</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>454</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>455</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>456</sup> *Ibidem*, p. 223.

estas dos instituciones, comenta en buenos términos la regulación de la accesión.

El resto del comentario se dedica al libro III. Comenzando por los títulos dedicados a las sucesiones, destaca el tono neutral del autor, al limitarse a dar noticia de la desaparición del testamento otorgado por dos o más personas, desaparición que justifica apoyándose en el Código Civil francés al señalar que dicha institución planteaba una duda irresoluble sobre la admisión o negación de la facultad de modificar el testamento, ya que la primera atentaba contra la fuerza del contrato entre las partes mientras que la segunda choca con la revocabilidad del testamento <sup>457</sup>.

Un epígrafe clave en principio es el dedicado a los «Herederos forzosos». Consciente de la diversidad de los sistemas y tomada la decisión de establecer uno uniforme para todo el país, Cárdenas opina que «deberían tenerse en cuenta estos diversos fueros y costumbres al establecer la regla en cuya virtud había de fijarse la porción legítima de los herederos forzosos» <sup>458</sup>. No entra en la cuestión, que da por resuelta y por tanto acepta, de la unificación y la uniformidad del Derecho civil.

Su opinión se manifiesta respecto al modo de llevarla a cabo, en lo que coincide con sus contemporáneos al solicitar que se «tengan en cuenta» los diversos Derechos. Ahora bien, a continuación muestra su preferencia por la legislación castellana <sup>459</sup>, matizada como lo han hecho los redactores del Proyecto, «transigiendo hasta cierto punto con algunos fueros locales, y haciéndola mas equitativa» <sup>460</sup>. Ejemplo de esta transacción es la normativa sobre los derechos de la viuda donde se han tratado de conciliar los diversos fueros «concediendo á las viudas algunas de las ventajas que disfrutaban en otras provincias sin disminuir la legítima de los hijos, segun la ley de Castilla» <sup>461</sup>. Del escueto comentario se deduce su aprobación del grado de transacción del Proyecto, así como la de introducir el criterio de la proporción en la cuantía de las legítimas según el número de legitimarios.

Sin más comentario, continúa el repaso a los títulos sobre sucesiones <sup>462</sup>, donde prevalecen las alabanzas no sólo por venir a resolver dudas y lagunas sino por adecuar las normas a la sociedad del siglo XIX, como por ejemplo en las causas de desheredación o en las incapacidades para ser

---

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>458</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>459</sup> «Y aunque la seguida en Castilla nos parece la mas equitativa y conveniente, no deja de tener por eso algunos defectos, y ofrecería dificultades su aplicacion rigurosa á algunas provincias», *ibidem*, p. 249.

<sup>460</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>461</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>462</sup> Junto con los epígrafes vistos sobre «Solemnidades de los testamentos», «Capacidad para heredar» y «Herederos forzosos», el estudio continúa con «Mejoras», «Desheredacion», «Revocacion é ineficacia de los testamentos», «Condiciones de las herencias y legados», «Sustitucion de heredero», «Derecho de deliberar», «Inventario, aceptacion y separacion de bienes del heredero», «Albaceas», «Poder para testar», «Codicilos, memorias testamentarias y testamentos ológrafos», «Cuarta falcidia», «Sucesión intestada» y «Bienes reservables».

testigos en los testamentos, así como por eliminar instituciones conflictivas, «semilleros de pleitos» como en el caso de la sustitución fideicomisaria (donde deben añadirse consideraciones de índole económica, pues dificulta el tráfico de la propiedad) o simplemente por ser más justas, como en el caso de los derechos del cónyuge en la sucesión intestada. Pero no todo son aciertos: la introducción del testamento ológrafo es calificada de «peligrosa», injustificada en su objeto y escasa en garantías; tampoco comparte el artículo 756, que considera incompleto; propone la entrada en la sucesión intestada al hijo reconocido por uno solo de sus padres cuando éste muera con ascendientes, con viuda o con colaterales, aunque con una porción más reducida en todos los casos (art. 296). Las críticas, en cualquier caso, son minoría dentro de estos títulos, mientras que de forma general se alaba, sobre todo, que el Proyecto llene lagunas y resuelva puntos dudosos.

De los siguientes epígrafes <sup>463</sup>, destacan algunas de las objeciones que le plantea el articulado del Proyecto, que es bien valorado en sus comentarios de forma general: dentro del título de las donaciones y en coherencia con su línea defensora de la mayor libertad y seguridad en el tráfico económico, censura que el nacimiento de un hijo del donante sea causa de revocación de la donación, pues si con esta medida se tiene en cuenta el interés del hijo no ocurre lo mismo con los intereses de la propiedad y seguridad en el dominio <sup>464</sup>, además de resultar la regulación del Proyecto poco explícita. Considera excesivamente radical la abolición de la división de las culpas y vaga la referencia a la diligencia de un buen padre de familia, razones por las que prefiere un sistema más flexible, como el francés.

Como era previsible, Cárdenas se detiene en la rescisión por lesión, figura que considera poco conforme con la esencia de los contratos y desfavorable al interés público, por lo que aplaude su prohibición en el artículo 1164 <sup>465</sup>. En cuanto a la rescisión de contratos en fraude de acreedores, se debe tratar de conciliar los derechos del acreedor defraudado con los del tercero adquirente, sobre todo cuando éste adquiere a título oneroso. Los artículos del Proyecto a su juicio necesitan «una revisión atenta y escrupulosa. Las reglas que se establecen en ellos no son siempre

<sup>463</sup> «Donaciones», «De la ley que hace consistir la fuerza de las obligaciones en la simple expresión de la voluntad», «Necesidad de la entrega para la traslación del dominio», «Juramento en los contratos», «Error en los contratos», «Del dolo», «De la culpa», «Lesión en los contratos», «Rescisión de las obligaciones», «Diferencia entre las obligaciones nulas y rescindibles», «De la prueba testifical de las obligaciones», «De la dote», «Donaciones matrimoniales», «De la sociedad legal entre cónyuges», «Del contrato de compra y venta», «Retratos», «Arrendamiento», «Censos», «De la usura en el préstamo», «Contrato literal», «De la fianza», «Del sistema hipotecario», «Del registro público de los derechos reales», «Graduación de acreedores» y «De la prisión por deudas».

<sup>464</sup> *Ibidem*, pp. 303 ss.

<sup>465</sup> «Si se hace depender la validez de las enagenaciones de un hecho tan vario y tan difícil de apreciar como el valor justo de las cosas, se perjudica la firmeza de los contratos, se menoscaba la eficacia del libre consentimiento, y se deja insegura la propiedad», *ibidem*, p. 329.

bastante precisas y alguna vez carecen de justicia»<sup>466</sup> y concretamente considera excesivo el plazo de cuatro años para entablar la demanda.

Otros defectos en los siguientes títulos se refieren a algunas disposiciones en sede de dote (al art. 1271, que no comparte varios inconvenientes en el sistema de garantías); propone varias correcciones en el título de la compraventa<sup>467</sup>. La abolición del retracto gentilicio es desde su punto de vista acorde con las necesidades del comercio y la concepción de la propiedad como «un instrumento de riqueza como otro cualquiera» y no ya tan ligado a la familia<sup>468</sup>. En la regulación del arrendamiento, si bien comparte la regla general del artículo 1418, por el que el arrendatario no puede subarrendar sin consentimiento del dueño, no aprueba su limitación, por la que si se niega sin motivo fundado el arrendatario podrá rescindir el contrato, pues le parece injusta e inconveniente al hacer depender de este último la subsistencia del arrendamiento y porque nadie mejor que el arrendador para saber si el subarriendo le supondrá perjuicios.

Otro de los puntos significativos del Proyecto es la regulación de los censos, especialmente del enfitéutico. Sobre éste, su pensamiento es claro: «ninguno es tan contrario á los intereses de la propiedad, ninguno tan inútil para su objeto como el enfitéutico»<sup>469</sup>. Sus principales defectos son la división perpetua o prolongada del dominio y la sujeción del enfiteuta a varias restricciones que hacen inseguro su derecho. Esto último provoca que los enfiteutas no se interesen en la mejora de las tierras como si fueran dueños. En definitiva, opina que el censo reservativo cumple las mismas funciones sin los inconvenientes del enfitéutico y permite la identificación del censalista con la tierra. Aplauda por lo tanto su desaparición en el Proyecto así como la prohibición de constituir censos irredimibles y la posibilidad de redimir todos los existentes, pues la irredimibilidad es contraria al principio de la desamortización y a los intereses de la propiedad<sup>470</sup>. Permitido redimir todos los censos, Cárdenas no entiende por qué razón se fija un límite a los réditos y se excluye este contrato de la ley de la libre concurrencia, «única competente en nuestro concepto para fijar el interés del dinero, así como el precio de las cosas»<sup>471</sup>. No entra en consideraciones de oportunidad, derechos adquiridos, etc.

En el siguiente epígrafe, «De la usura en el préstamo», tras afirmar la licitud del interés en el préstamo del dinero, se dedica a la cuestión del límite legal a este interés, «si debe la ley sujetarlos á una tasa inflexible». Para el autor, la medida es contraproducente si se trata con ella de impedir la usura; por el contrario, cuando se han suavizado las leyes contra ella es cuando ha descendido el interés del dinero. En sus palabras, esto demuestra «la completa ineficacia de la ley para impedir los préstamos usurarios,

---

<sup>466</sup> *Ibidem*, p. 333.

<sup>467</sup> *Ibidem*, pp. 339 ss.

<sup>468</sup> *Ibidem*, p. 376.

<sup>469</sup> *Ibidem*, p. 382.

<sup>470</sup> *Ibidem*, p. 384.

<sup>471</sup> *Ibidem*, p. 285.



y que el precio del dinero depende de circunstancias que no están sujetas de ningún modo al arbitrio del legislador»<sup>472</sup>. Su propuesta consiste en eliminar el límite al interés convencional y simplemente fijar un interés legal para el caso de que las partes contratantes no lo hayan estipulado. No comparte, por tanto, la opción del Proyecto, donde sí existe un límite al interés convencional, considerado por Cárdenas como «una infracción manifiesta de los principios económicos más notorios é incontrovertibles»<sup>473</sup>.

Continúa el repaso de los contratos en términos aprobatorios hasta llegar al epígrafe «Del sistema hipotecario». En él describe los principios en que se debe basar el nuevo sistema hipotecario, principios de publicidad y especialidad, que el Proyecto sigue. Tanto en la materia de hipotecas como en el registro público de derechos reales, las disposiciones del Proyecto son defendidas por el autor del comentario, si bien propone algunas correcciones, que desarrollará en un posterior trabajo dedicado específicamente al sistema hipotecario y sus reformas.

Con algunas reflexiones más sobre los últimos títulos del Proyecto, llega a la conclusión final: casi todas las instituciones civiles necesitan una urgente reforma y el modo más adecuado de realizarlas es la redacción de un nuevo Código debido a la estrecha relación que existe entre las instituciones. Y en cuanto al Proyecto de Código Civil de 1851, en él encuentra «la redacción metódica de las leyes fundamentales de nuestro derecho civil, excluye casi todas aquellas que no están en armonía con las ideas, con las costumbres ni con los intereses de nuestro tiempo, y las sustituye con otras nuevas, aunque sancionadas la mayor parte por la experiencia de otras naciones». Reconoce la influencia de otros Códigos, especialmente el francés, «que ha servido de modelo á casi todos los que recientemente se han hecho en Europa», pero a la vez afirma que se ha procurado «la mayor parte en cuanto es posible, á nuestras costumbres»<sup>474</sup>.

En su valoración final, salvo excepciones (menciona la conservación de la restitución *in integrum*, «la usura», la admisión del testamento ológrafo y la reducción de la menor edad), opina que los responsables del Proyecto han sabido «conciliar la reforma con la conservación de las buenas leyes existentes» y en definitiva y tras una pausada revisión<sup>475</sup>, se logrará «uno de los mejores códigos civiles de Europa y América»<sup>476</sup>.

A la legislación hipotecaria dedicará un posterior trabajo<sup>477</sup>, en el que sin ser un estudio exclusivamente sobre el Proyecto, se ocupa de varias

<sup>472</sup> *Ibidem*, p. 390.

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 395.

<sup>474</sup> *Ibidem*, p. 481.

<sup>475</sup> La revisión no deberá reducirse a «algunos vicios» de fondo, sino también se deberá encargar de reducir el número de referencias de unos artículos a otros por la confusión que producen y de corregir el estilo.

<sup>476</sup> *Ibidem*, p. 482.

<sup>477</sup> CÁRDENAS, F.: «Vicios y defectos de la legislación hipotecaria. Reformas que deben hacerse en ella y examen de algunas disposiciones del proyecto de Código Civil sobre esta materia», *El Derecho Moderno*, Madrid, 1852, tomo XII, pp. 3 a 49.

de sus disposiciones. Aprovecha el estudio sobre derechos reales que permanecen al margen de la publicidad registral, para volver a censurar aspectos del Proyecto, como la subsistencia de la restitución *in integrum* aunque sea de forma restringida, o la revocación de las donaciones por sobrevenir hijos al donante, incluso por ingratitud o incumplimiento de las condiciones en cuanto pueden perjudicar al tercer adquirente que lo ignora. Las disposiciones en este punto del Proyecto son «evidentemente poco conformes con los buenos principios, é inconciliables con el sistema de inscripción de la propiedad que el mismo Proyecto establece»<sup>478</sup>. También supone una «carga secreta de la propiedad» la admisión de la rescisión por lesión, calificada de consecuencia forzosa de la tasa de interés en el precio, razón por la que si bien aplaude el artículo 1164, que prohíbe tal rescisión, califica de incongruente al Proyecto por recoger la tasa del interés. Las cargas ocultas citadas constituyen uno de los dos puntos negros que el autor encuentra en el sistema hipotecario del Proyecto. El segundo consiste en la falta de medidas que aseguren los intereses de las mujeres y de los pupilos cuando las hipotecas especiales que sustituyen a las tácitas y que les protegen no puedan constituirse desde luego<sup>479</sup>. Al margen de estos dos puntos, el Proyecto le parece muy aceptable y una vez corregido «capaz de llevar á cabo la reforma necesaria en esta materia»<sup>480</sup>.

La crítica constructiva de Cárdenas no suponía un rechazo del Proyecto, pero sí declaraba la necesidad de una revisión en profundidad del texto, aún muy mejorable. La censura por otra parte tiene puntos en común con el resto de las emitidas en puntos como la defensa de una autoridad paterna fuerte, la exigencia de acordar con el ordenamiento canónico materias como los esponsales de futuro o el rechazo al testamento ológrafo. Característica propia de su crítica es su preocupación por defender los intereses del libre mercado con unos criterios más radicales que los incluidos en el Proyecto.

### 3.3.5 Reynals y Rabassa en el *Diario de Barcelona*

Desde Cataluña se realiza una crítica al Proyecto con características propias. La polémica nace de la regulación en materia sucesoria, en concreto a propósito del sistema de legítimas que implanta, pero desde ahí se salta al problema más general del modo y de la conveniencia misma de uniformar los Derechos civiles en España. Es en la crítica de algunos juristas catalanes donde pueden encontrarse las primeras consideraciones en favor de la conservación del Derecho civil de un territorio, esto es, una incipiente postura foral propiamente dicha.

---

<sup>478</sup> *Ibidem*, pp. 12 a 13.

<sup>479</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 49.

El *Diario de Barcelona* recoge en 1852 una serie de artículos firmados por R.<sup>481</sup>, bajo el título «Código Civil en Proyecto»<sup>482</sup>. Como la mayoría de los comentarios que se elevan desde Cataluña, manifiesta que «Principalmente queremos fijarnos en la parte del Código Civil que tiene relacion con la legislacion catalana. Queremos examinar lo que significa la unidad de legislacion en un pais y sin (*sic*) ella es necesaria y si siendo deben prevalecer en el proyecto los principios de la legislacion de Castilla sobre los de Cataluña ó los de esta sobre los de aquella»<sup>483</sup>.

El objeto de la serie de artículos queda claro; la escuela a la que se adscribe el autor también:

«el derecho antes que á la filosofía pertenece á la historia [...] pues en el derecho positivo ha de reflejarse necesariamente la época en que se forma [...] Pues no puede estudiarse aislado el derecho positivo, ni formar juicio cabal de un código si no se fija la consideracion en todo lo que tiene en derredor suyo»<sup>484</sup>.

Y más adelante confirma su apoyo a la escuela histórica, al declararse seguidor de Savigny: «Suyos son los principios que hemos seguido en estos artículos, vive el derecho en la conciencia del pueblo»<sup>485</sup>.

El análisis histórico de las instituciones va a ser el método utilizado para demostrar cuál de ellas es la más beneficiosa. Es más, el autor dis-

<sup>481</sup> Salvador Coderch atribuye esta inicial a Estanislao Reynals y Rabassa, *La Compilación...*, o. c. p. 87 vd. nota 195.

<sup>482</sup> *Diario de Barcelona, de avisos y noticias*, Barcelona, 1852, artículo I, núm. 169, de 17 de junio, pp. 3356 a 3558; núm. 180, de 28 de junio, pp. 3801 a 3804, artículo II subtítulo «Leyes y costumbres»; núm. 191, de 9 de julio, pp. 4043 a 4046, artículo III subtítulo «Esplicacion del articulo anterior-el derecho y la percepcion del derecho-Ideas sobre la codificacion»; núm. 202, de 20 de julio, pp. 4273 a 4276, artículo IV subtítulo «La familia catalana»; núm. 218, de 5 de agosto, pp. 4624 a 4628, artículo V subtítulo «El heredero-la madre-los demas miembros de la familia catalana»; núm. 230, de 17 de agosto, pp. 4880 a 4882, artículo VI subtítulo «Las legítimas»; núm. 240, de 27 de agosto, pp. 5100 a 5103, artículo VII subtítulo «Legítimas-Esplicacion de la ley de Chindasvinto»; núm. 248, de 4 de septiembre, pp. 5276 a 5280, artículo VIII subtítulo «Legítimas godas-Aspecto cristiano-Legítimas despues de la reconquista-Legítimas en el siglo XVI»; núm. 268, de 24 de septiembre, pp. 5725 a 5729, artículo IX subtítulo «Resúmen del artículo anterior-Legítimas catalanas»; núm. 269, de 25 de septiembre, pp. 5747 a 5751, artículo X subtítulo «Las legítimas catalanas-la pragmática de Pedro III»; núm. 282, de 8 de octubre, pp. 6060 a 6063, artículo XI subtítulo «Legítimas catalanas- La Constitución de Felipe II»; núm. 290, de 16 de octubre, pp. 6251 a 6254, artículo XII subtítulo «Legítimas catalanas-La razon económica»; núm. 296, de 22 de octubre, pp. 6391 a 6396, artículo XIII subtítulo «Continuación del artículo anterior-Razones morales que hicieron posible la razon económica. Conclusión de la historia de las legítimas»; núm. 313, de 9 de noviembre, pp. 6814 a 6818, artículo XIV subtítulo «El artículo 595 del proyectado código.-La proyectada organizacion de las relaciones de familia y la sucesion forzosa.-Comparaciones importantes»; núm. 323, de 19 de noviembre, pp. 7051 a 7055, artículo XV subtítulo «El artículo 595 del código civil proyectado.-Siguen las comparaciones.-Orden político.-La nocion del derecho en Cataluña», y núm. 327, de 23 de noviembre, pp. 7140 a 7144 subtítulo «La unidad nacional; algunas reflexiones económicas-recapitulación general y conclusion».

<sup>483</sup> *Ibidem*, p. 3556.

<sup>484</sup> *Ibidem*, p. 3557.

<sup>485</sup> *Ibidem*, p. 4044.

tingue entre pueblos que valoran la ley y pueblos que «se preocupan de trabajar»; los primeros, Francia por ejemplo, han hecho la revolución para conquistar leyes, mientras que los segundos, y como ejemplo pone a Inglaterra, la han hecho para conservar costumbres. Dentro de la historia del pueblo romano se encuentran los dos momentos: un período en que se regía por las costumbres y otro en que la voluntad del emperador termina siendo la única fuente del Derecho o la época de las leyes. En línea con esta distinción, define el Derecho consuetudinario y el Derecho escrito (citando, una vez más, a Savigny). El primero comprende «todas aquellas traducciones del derecho que hace ó bien inmediatamente el pueblo ó mediatamente la ciencia que andando el tiempo se subroga en lugar de él, determinando, ampliando, abstrayendo»<sup>486</sup>. Es decir, la doctrina es la depositaria del Derecho consuetudinario del pueblo al que pertenece y no sólo eso, sino la encargada de desarrollarlo y fijarlo. Por el Derecho escrito entiende «aquellos principios abstractos que se ponen como reglas de derecho y que en nuestros tiempos se llaman principios racionales y absolutos, que no dependen, se dice, ni de los tiempos, ni de circunstancias transitorias, sino que tienen su base y esplicacion en la naturaleza del hombre y en su fin providencial»<sup>487</sup>.

Con estas consideraciones previas, el autor pretende llegar a explicar por qué «una idea de derecho trasplantada no fructifica»<sup>488</sup>, en clara referencia al Proyecto de Código Civil, si bien no en su conjunto sino en su regulación de la sucesión y en lo que ésta influye en la organización de las familias. Sobre el Proyecto escribe: «Son las leyes una regla abstracta que se pone como regla de derecho: ¿quien la ha producido? Unas veces una idea política, diremos mejor, una idea de gobierno, otras la autoridad ó lo que dijimos en nuestro primer artículo, los contagios morales que se aceptan sin que se examinen —el Código en proyecto es buen testigo en mas de un punto...»<sup>489</sup>. Estos puntos en definitiva no serán expresión del pueblo, con lo que se acatarán por deber, no por convicción y se terminarán destruyendo.

Llegamos así a la cuestión primera: «¿Se ha de rechazar la codificación?» A esta pregunta debe responderse con otras dos: ¿qué disposiciones contiene el Código? ¿Cuál es el estado del país para el que se legisla? De estas consideraciones parece deducirse que el autor no se declara contrario a priori de la codificación, sino que dependerá del contenido de la legislación y de su adecuación a las necesidades del pueblo al que se va a aplicar. Es más, si el pueblo, «ó su jurisprudencia», tiene «suficiente energía para satisfacer sus necesidades jurídicas» entonces no es conveniente la codificación, pues el derecho pierde en las «transplantaciones». Sólo en un momento de crisis, cuando la «jurisprudencia» está desautorizada, es cuando puede ser necesario un Código, siempre como un mal menor<sup>490</sup>.

486 *Ibidem*, p. 4043.

487 *Ibidem*, p. 4043.

488 *Ibidem*, p. 4045.

489 *Ibidem*, p. 4045.

490 *Ibidem*, p. 4046.

Suponiendo la necesidad de un Código, sería obligado un análisis sobre el Derecho que va a derogarse «y si hallabamos, como sucede, por ejemplo, en la legislación o derecho consuetudinario catalán, una institución que tenga hondas raíces en el país, que espresa una manifestación local del derecho [...] la dejáramos en pacífica posesión de sus dominios»<sup>491</sup>. La codificación, por lo tanto, deberá ser lo suficientemente flexible como para incluir excepciones a la uniformidad de la ley.

La uniformidad y la misma unidad no son los valores absolutos que muchos quieren presentar:

«Los aficionados á reglamentos ó los que miran la confección de un código general, absoluto, como una consecuencia de aquel principio sentado en la ley fundamental “unos mismos códigos registrarán en toda la monarquía” ó que creen que la uniformidad en la legislación, es la unidad de la misma, y la unidad nacional, aplaudan quizá que el código se anuncie á guisa de conquistador ó ciego sistemático: nosotros hemos examinado la afición a los reglamentos, y la arbitrariedad legislativa; y en cuanto la uniformidad de legislación, creemos probar que esta no es la unidad de la misma, y menos todavía la unidad nacional»<sup>492</sup>.

El autor poco a poco va llevando la cuestión a donde le interesa. La codificación, el Código Civil en Proyecto, sólo sería aceptable en Cataluña si su Derecho se encontrara en crisis y no satisficiera las necesidades del pueblo. Como esto, al menos en lo que se refiere al sistema sucesorio, no sucede, no es conveniente implantar otro diferente. Es más, el sistema de las legítimas amplias rigió en Cataluña y se demostró perjudicial tanto para sus costumbres como para su economía. A demostrar estas afirmaciones dedica una buena parte de artículos. En ellos aparecen las dos instituciones defendidas frente a la regulación del Proyecto: la familia catalana y la sucesión catalana con el punto que les sirve de engranaje o conexión, que es la institución del *hereu*, quien dota a la familia y a la sucesión catalanas de personalidad propia.

La familia aparece, como en tantos otros informes, como el núcleo social por excelencia y con un valor superior al del individuo. En esta ocasión se manifiesta a través de una cita de Savigny: «La familia contiene el germen del Estado; y el Estado una vez formado tiene por elementos constitutivos las familias, no los individuos»<sup>493</sup>. El estudio de la familia catalana que realiza Reynals está estrechamente relacionado con el modo de suceder catalán, el cual no sólo es una «idea económica, sino el carácter de su pueblo» y además robustece a la familia cuya «unidad nos embelesa». La unidad de la familia le lleva a defender los intereses de ésta frente a los de sus individuos:

«... con estas teorías humanitarias, mejor diremos opiniones vagas que quieren bajo el pie de la igualdad y los derechos de los hijos reglar las

<sup>491</sup> *Ibidem*, p. 4046.

<sup>492</sup> *Ibidem*, p. 4046.

<sup>493</sup> *Ibidem*, p. 4273.

relaciones de familia, no sabiendo donde arrancan, ni en donde deben pararse, erigen en base de teoría la equidad y paran en el egoísmo, porque fuera de la sociedad y sus esenciales condiciones de vida, no hay sino individuo con toda su fiereza»<sup>494</sup>.

Tras este breve comentario de la familia catalana, pasa a dedicarse a la institución que constituye el centro de su discurso, la figura del *hereu* y más en general la mayor libertad de testar que tiene Cataluña respecto al sistema de legítimas del Proyecto.

La figura del *hereu* tiene una relación directa con el valor de la familia en Cataluña. El autor se pregunta por qué razón si en la sucesión *ab intestato* catalana se llama a los hijos en igualdad de condiciones «¿cree sin embargo el pueblo que es heredero el mayor de edad, siendo las hembras escluidas por los varones?»<sup>495</sup>. La legislación catalana no establece que deba ser heredero un determinado hijo, sino que otorga la libertad de testar en las tres cuartas partes de la herencia. Y sin embargo, existe la arraigada costumbre de instituir por heredero universal al hijo primogénito. Las razones las encuentra el autor del comentario en la familia sustentada por «intrépidos empresarios», «laboriosos agricultores» que, tras una vida dedicada a sacar adelante a su familia se asocian en el gobierno de la familia «á aquel de los hijos que llegará primero á compartir con él su trabajo y el sostenimiento de la familia: he aquí el espíritu y la clase de la institucion de los herederos en Cataluña»<sup>496</sup>.

Contraria a esta institución es la regulación prevista en el artículo 642, que es calificado de «una exageración del principio sentado en el Fuero Juzgo». Tras un resumen de la evolución del sistema de legítimas en la legislación castellana<sup>497</sup> pasa a la comparación de éste con el seguido en Cataluña a través de su evolución histórica, y concluye:

«en los cambios que ha sufrido nuestra legislación acerca de la sucesion de los hijos á los padres, no debe verse la forma sino el principio, sino la idea de esta forma; en todos estos cambios la idea es formar el segundo poder en la familia, la primogenitura, si asi podemos decir, popular, de origen y representación diversos de la primogenitura feudal; la idea es conservar las tradiciones, los sentimientos, la moralidad de la familia, que la casa *jacens* obre moral y materialmente por medio de la madre y el heredero, cual cuando vivía su jefe, así como antiguamente, la herencia *jacens* representaba el difunto y formaba una persona jurídica [...] Así preguntase inmediatamente el ánimo: ¿es esta primogenitura popular, razón transitoria ó permanente?»<sup>498</sup>. Y si es una institución permanente, si es una institución de la familia «claro es y evidente que si bien las causas históricas que la determinaron han dejado de existir, ella no ha pasado [...] ¿Por qué no pensais en corregir, si

---

<sup>494</sup> *Ibidem*, p. 4276.

<sup>495</sup> *Ibidem*, p. 4624.

<sup>496</sup> *Ibidem*, pp. 4266, 4267.

<sup>497</sup> Artículos VII, VIII y parte del IX, *cits*.

<sup>498</sup> *Ibidem*, p. 6395.

tanta es el ansia de reforma, antes de derribar? Conservad el principio, tocad sólo la forma. Tal vez es posible»<sup>499</sup>.

Sólo en sus últimos artículos dedica su atención directa al Proyecto. El artículo 642 (el autor se refiere por error al 595) es el primero y principal objeto de su crítica, pero lo enmarca dentro de lo que califica de «organización de la familia». Esta organización es calificada de materialista, de reglamentar excesivamente la vida familiar, de desconfiar de sus miembros, pero de manera muy especial de desconfiar del poder del padre de familia<sup>500</sup>. Mientras que el Proyecto da muestras de una excesiva generosidad hacia las mujeres al establecer como régimen económico matrimonial en defecto de pacto la comunidad de bienes, pues seguramente habrá mujeres indignas de participar en las adquisiciones de su marido<sup>501</sup>, cuando se refiere al padre como jefe de familia debe garantizar tanto la dote de su mujer como los bienes del hijo cuyo usufructo disfruta; en definitiva, critica el individualismo del Proyecto, su protección a los miembros de la familia en detrimento de ésta: «la presunción de la ley está solo contra el poder, contra la autoridad, no contra el individuo»<sup>502</sup>.

En cuanto al artículo 642, es una consecuencia del principio comentado que rige la organización de la familia, el principio que desautoriza a la familia a través de la disminución del poder paterno<sup>503</sup> «¿el que no ha vivido poder, podría morir mandando ó disponiendo?». Es el individualismo el que marca las disposiciones del Proyecto y echa por tierra valores como el de hidalguía, la abnegación de quienes en siglos anteriores constituyeron unos mayorazgos que sus descendientes destruyen hoy, el amor a la monarquía; con el Proyecto sólo existen «productores y contribuyentes, gobierno y empleados»<sup>504</sup>. Sorprendentemente, añade el autor que los peligros del individualismo y del mercantilismo, rasgos que definen a su juicio el Proyecto, existen ya y son especialmente graves en Cataluña, con lo que el riesgo de desautorizar al padre es aún mayor que en resto del país<sup>505</sup>.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 6396.

<sup>500</sup> En todo lo que dice relacion á la familia ha introducido la desconfianza; bien se trate de la persona del padre, bien se trate de la persona del marido, es decir, del poder, de la autoridad; la presunción de la ley está siempre contra su recto proceder», *ibidem*, p. 6815.

<sup>501</sup> *Ibidem*, p. 6816.

<sup>502</sup> *Ibidem*, p. 6816.

<sup>503</sup> Así, el Proyecto ordena respetar a los padres pero establece la mayor edad a los veinte años, prevé la figura del Consejo de familia y la intervención del juez en la solución de los conflictos familiares, *ibidem*, p. 6818.

<sup>504</sup> *Ibidem*, p. 7055.

<sup>505</sup> «Aquí más visiblemente que en otro punto de España, nos vamos aficionando á vivir del día que pasa, aquí mas visiblemente que en otro las ocupaciones mercantiles é industriales, llevan al hombre á confiar mas de sus propias fuerzas, que del respeto y voluntaria humillacion, aqui, por qué no decirlo, aunque sea vulgar? (*sic*) el desarrollo de la industria y del comercio lleva consigo la desobediencia á los padres, que se convierte fácilmente en desobediencia a la Autoridad [...] Desautorizad al padre [...] decid que él ha de abusar de la libertad que les concede ahora la legislacion, negadle el carácter de padre y propietario; y luego os espantarán las consecuencias que el carácter aislado y pensador, el génio del positivismo habrán deducido», p. 7055.

Dedica el autor su último artículo a negar que la uniformidad de la legislación equivalga o produzca la unidad nacional con lo que sacrificar «arraigadas instituciones», en beneficio de tal uniformidad constituirá un error económico y político. Desde el punto de vista económico, acarreará graves problemas para los enfiteutas y para los pequeños propietarios, condenados a dividir la ya modesta propiedad familiar; también para las pequeñas industrias e incluso para las propiedades e industrias de consideración, pues al ser divididas por partes iguales entre sus hijos ninguno de ellos tendrá interés suficiente como para dedicarse en el primer caso a la mejora de los cultivos y en el segundo sólo subsistirá la industria si se cuenta con la armonía y la buena disposición de toda la familia. Como en la mayoría de los informes, a favor y en contra, se utilizan ejemplos con el número de hijos y capitales que en cada caso resultan más gráficos para demostrar las consecuencias que se derivarán de uno u otro sistema sucesorio. Reconoce que aunque los casos son en la realidad múltiples y variados, en el fondo lo que se defiende es la conveniencia de mantener una pluralidad de propiedades, pequeñas y extensas, complementarias; en definitiva, es necesario proteger a la clase propietaria, puesto que en ella y en la defensa de un poder familiar fuerte, descansan el orden y la prosperidad sociales: «Despojado el poder de la familia, que falta sino que el proletariado aumente, y grite con la energía de sus pasiones, y no de la conciencia de sus derechos...»<sup>506</sup>.

Las razones presentadas por Reynals, resumidas fundamentalmente en la defensa de un poder paterno fuerte, en la conservación de una sociedad cuyos pilares los constituyan un conjunto pequeño de grandes familias que apoyan la monarquía y que se mantienen gracias entre otras cosas al sistema sucesorio catalán, las ventajas en la moralidad pública y en la economía que la libertad de testar representa y los peligros sociales, económicos y políticos que se auguran si se implanta el sistema del Proyecto son muy similares a las presentadas por los representantes de los intereses económicos catalanes. En esta serie de artículos aparecen referencias expresas a la Escuela Histórica para respaldar el interés del autor por conservar ciertas instituciones y en definitiva cierto modelo social; deben destacarse también su análisis histórico, así como sus referencias a la nacionalidad catalana. Aun cuando se limita a determinadas instituciones y no al Derecho civil catalán en su conjunto, aparecen apuntados argumentos que serán identificativos de futuras posturas encuadradas en lo que se denominará Escuela Jurídica catalana.

### 3.3.6 Cadafalch y Buguñá en *El Faro Nacional*

Otra colaboración de interés de un jurista catalán es la de Cadafalch y Buguñá, quien publica su «Memoria sobre los inconvenientes de la suce-

---

<sup>506</sup> *Ibidem*, p. 7144.



sión forzosa», en *El Faro Nacional*<sup>507</sup>. Como en el comentario anterior, es la sucesión representada por el artículo 642 del Proyecto el objeto de crítica del autor. Los primeros artículos están dedicados a la ya clásica exposición histórica de las distintas leyes que han regulado la sucesión en Cataluña. Destaca Cadafalch que la razón por la cual los barceloneses solicitaron la reducción de la legítima fue «la conservación de las casas», se entiende de las grandes familias catalanas; sus beneficiosos efectos hicieron que la reducción de la legítima se extendiera a todo el Principado en 1585. A la modificación en la cuantía se añadió la posibilidad del padre de instituir heredero a cualquiera de sus hijos y que éste pudiera pagar la legítima de sus hermanos con dinero, etc. Con este conjunto de disposiciones, «Aquellos legisladores, respetando en lo posible la libertad, supieron fomentar la división por medios que parecían contenerla»<sup>508</sup>.

El núcleo de su discurso es la respuesta a la pregunta acerca de la conveniencia de la reforma que propone el Proyecto. Para responder, argumenta que si la restricción de la libertad, principio que alienta el sistema propuesto en el Proyecto, es contraria al sistema dispuesto en Cataluña, los efectos de la aplicación del primer sistema serán los opuestos a los que se derivan de la normativa vigente catalana; esto es, serán opuestos al bienestar y prosperidad que disfrutaban. Además de este «razonamiento» arguye que no tiene sentido arriesgarse con un nuevo sistema si el anterior garantiza buenos efectos.

A propósito de esos buenos efectos, pasa a rebatir una opinión de Vives en la que éste opina que la sustitución de la ley romana por la catalana fue funesta, pues se estancó la propiedad, los hijos segundos se vieron condenados al celibato y en definitiva la conservación de las casas principales atravesó graves dificultades.

Cadafalch niega que la legislación catalana estancara la propiedad. Fue el sistema de vinculaciones «que entonces estaba muy en boga», como lo demuestra el hecho de que abolido este sistema y observándose la misma ley sucesoria la propiedad ya no se acumula sino que se divide y circula<sup>509</sup>. Es la división de la propiedad a la fuerza la que ha ocasionado graves males y esto es precisamente lo que supone el artículo 642 del Proyecto. No sólo en Cataluña la división forzosa produjo efectos negativos: también en Roma, y en España. La práctica de los siglos recomienda que la ley se limite a restringir lo imprescindible la libertad de los padres para disponer; la sucesión forzosa es «un hecho aislado y desconocido en la historia de los pueblos». Por si fuera poco, si todos los pueblos están de acuerdo en señalar una legítima mucho menor que la del Proyecto y

<sup>507</sup> CADAFALCH Y BUGUÑA, J.: «Memoria sobre los inconvenientes de la sucesión forzosa», *El Faro Nacional*, Madrid, 1852, núm. 116, de 29 de julio, pp. 510-514; núm. 118, de 12 de agosto, pp. 544 a 546; núm. 121, de 22 de agosto, pp. 591 a 594; núm. 126, de 9 de septiembre, pp. 675 a 676; núm. 138, pp. 862 a 865; núm. 143, de 7 de noviembre, pp. 945 a 947 y núm. 146, de 18 de noviembre, pp. 991 a 994.

<sup>508</sup> *Ibidem*, p. 545.

<sup>509</sup> *Ibidem*, p. 591.

así fortifican la autoridad paterna, se deduce que el Proyecto la debilita<sup>510</sup>. Por todas estas razones, concluye que no es conveniente la reforma que éste recoge.

Cuestión distinta es la de la oportunidad<sup>511</sup> de la reforma de la legislación civil. Las leyes civiles son estables y duraderas «y es porque se fundan en la razón, y la razón emana de Dios»<sup>512</sup>. Su duración es larga y su aplicación constante, razones por las que la reforma del Derecho civil adquiere una importancia especial, ya que influye y forma los hábitos de la sociedad. ¿Podrá el Proyecto contra los hábitos formados conforme a unas normas tan diferentes como las de Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares?, o con sus palabras ¿podrá el Proyecto contra el «espíritu general del país»? Opina Cadafalch que no; el país no está en condiciones de aceptar la reforma de unas leyes casi seculares, que se cumplen y producen efectos beneficiosos<sup>513</sup>. Si las leyes no están en armonía con las costumbres entran en conflicto y siendo las segundas fuertes acaban por retirar a las leyes. En España, por lo tanto, es necesario actuar con prudencia.

Respecto al caso español, pasa a ocuparse de los ideales de unidad y uniformidad:

«La idea de uniformidad es bella: pero ¿cuán sabia no es la diferencia, la excepción!». La diversidad española fue la que llevó al legislador a incluir la cláusula «sin perjuicio de las variaciones que exigieran particulares circunstancias»<sup>514</sup>. Frente a estas consideraciones, el Proyecto recoge el sistema que más restringe la libertad del padre y «examinado el espíritu de los pueblos de España, nos ha parecido que en parte de estos difícilmente podría regir dicho proyecto elevado á ley».

Siendo esto así, propone el autor como alternativa la sustitución del sistema de legítimas que contiene el Proyecto por el sistema catalán, por dos razones: en primer lugar, concuerda más con los principios de Derecho natural; en segundo lugar, concilia mejor el interés público con el particular<sup>515</sup>. Hay que destacar que la alternativa se refiere a extender el sistema catalán a todo el país, no a conservar el Derecho catalán como foral, sino su sistema sucesorio dentro del nuevo Código Civil único.

En cuanto a la primera razón, el hombre es propietario, y la propiedad es un derecho «natural, sagrado e inviolable». El propietario tiene el deber de conservar la cosa y la facultad de ejercer su derecho de la forma más libre posible, aunque al vivir en sociedad este derecho deba sufrir

---

<sup>510</sup> *Ibidem*, p. 592.

<sup>511</sup> «Sin apartarnos aun de las razones que se derivan de la esfera de los hechos, se puede preguntar: «¿Es oportuno plantear la ley de sucesión forzosa en proyecto, cuando grandes provincias de España, como son las de Navarra, Aragón, Cataluña é Islas Baleares, se han regido y rigen desde tiempo inmemorial por leyes diametralmente opuestas?» *Ibidem*, p. 592.

<sup>512</sup> *Ibidem*, p. 593.

<sup>513</sup> *Ibidem*, p. 593.

<sup>514</sup> *Ibidem*, p. 675.

<sup>515</sup> *Ibidem*, p. 675.

alguna modificación. La legítima sin embargo, no es de Derecho natural sino de Derecho civil. El padre, cumplido su deber de dar alimentos, no tiene otra obligación por ley natural hacia sus hijos, luego «atendiendo el inviolable derecho de propiedad, la ley civil, que concede amplia libertad al padre, es mas conforme á la ley natural [...]; la constitucion catalana, facultando al padre para disponer de las tres cuartas partes de sus bienes, concilia opuestos intereses (los de los hijos y los de los padres), y respeta mucho mas los principios de derecho natural que el proyecto»<sup>516</sup>.

El discurso salta hacia consideraciones morales sobre la necesidad de un poder fuerte en las sociedades, la menor de las cuales es la familia. El poder necesita instrumentos, medios; el respeto no es suficiente, es precisa la libre disposición de los bienes paternos<sup>517</sup>. Como las Audiencias Territoriales, se confía en el buen criterio paterno, «El padre rara vez abusa de su posicion, de su independencia, de su libertad»<sup>518</sup> y se teme que sin el control de la libertad de testar los hábitos de moralidad, de esfuerzo en el trabajo y de respeto hacia los progenitores de los hijos desaparezcan.

Enlaza el autor estas consideraciones sobre la familia con el comentario de la costumbre catalana de designar al primogénito de los hijos como heredero universal. El padre por ley es libre de designar a aquel de sus hijos que considere más adecuado pero el primogénito sabe desde niño «que por costumbre casi secular le sucede en todo despues de su muerte»<sup>519</sup>. Esta costumbre tiene varias ventajas a juicio de Cadafalch: alienta la prosperidad del patrimonio familiar, favorece el espíritu emprendedor de los demás hijos y hace de la familia un refugio para los hermanos poco afortunados a lo largo de la vida. Inconvenientes no encuentra, salvo algún caso aislado de abuso por parte del padre.

Vistas las ventajas del sistema de sucesión catalán, se pregunta el autor del comentario cuáles han podido ser las razones que hayan llevado a los redactores del Proyecto a rechazarlo, para lo cual acude a las *Concordancias*... y rebate los argumentos de García Goyena. En primer lugar, éste afirma que la libertad absoluta duró «poco» en Roma, a lo que responde Cadafalch que siete siglos no son precisamente un corto espacio de tiempo; más adelante se limitó con la legítima del cuarto y así se mantuvo largo tiempo. La segunda razón se refiere a los abusos que pueden cometer los padres. A esto responde el articulista recordando que una sociedad corrupta siempre podrá abusar de una buena ley sin que por eso la ley deje de ser buena. Ejemplo de sus buenos efectos son las provincias españolas regidas por Derechos forales, donde no se producen prácticamente abusos.

<sup>516</sup> *Ibidem*, p. 676.

<sup>517</sup> «Es pues, menester que el padre, considerado como jefe de un pequeño Estado, ó sea de la familia, esté dotado de un poder fuerte, y que le sea permitido, como medio de gobierno, disponer libremente de sus bienes, y que su voluntad, escepto algunas restricciones y cortapisas, como dice un autor, campee libremente», p. 676.

<sup>518</sup> *Ibidem*, p. 863.

<sup>519</sup> *Ibidem*, p. 863.

En tercer lugar, el sistema de los cuatro quintos de legítima debilita tanto la autoridad paterna que el propio García Goyena reconoce que debe ser reforzada, para lo que recurre a la figura de la mejora, de la que Cadafalch niega que sea ni original ni beneficiosa<sup>520</sup>. A esto debe añadirse que tampoco los hijos no primogénitos resultan mejor tratados por el sistema del Proyecto que en los territorios forales; que no debe legislarse pensando en quien pretenderá abusar de la ley, y, finalmente, que el sistema del Proyecto extenderá los juicios de testamentaría.

Por si estas razones no fueran suficientes para hacer caer la balanza a favor del sistema catalán o en general a favor de la libertad de testar, el autor de los artículos añade consideraciones de carácter económico: también en el terreno de la economía el criterio debe ser el de la mayor libertad posible.

Mientras en las sociedades poco desarrolladas, la ley debe descender hasta los pequeños detalles, en las sociedades desarrolladas, cuando los intereses económicos estén correctamente satisfechos, deben las leyes dejar la mayor libertad posible a los individuos. Si la ley se propone vincular o por el contrario hacer circular la propiedad, tal vez ocurra que la vincule cuando sea necesario que circule o viceversa. Es, por tanto, más deseable un sistema regido por la libertad, que en la materia sucesoria es el que representa el Derecho catalán. De este principio nace la diversidad de la extensión de las propiedades, que tan beneficioso resulta, mientras que con la sucesión forzosa sólo quedarán pequeñas propiedades que todos querrán vender y así se terminará por desvalorizar la propiedad rural. La ley catalana permite por el contrario la mejora del cultivo y sacar el mejor partido a las circunstancias que se vayan presentando, «permitirle, en una palabra, el necesario ejercicio de su libertad»<sup>521</sup>.

Los propietarios catalanes, conscientes de los desastrosos efectos de una excesiva división de la propiedad, han procurado evitarla. «Y han podido hacerlo á la sombra de leyes que, conciliando en sus resultados todos los intereses, no se oponen al ejercicio de una razonada libertad»<sup>522</sup>. En resumen, «las ideas emitidas bastan para convencer que el sistema catalán es mas conforme á la economía, á la prosperidad pública que el proyecto. Si el primero concede mas libertad al hombre, si la libertad favorece la circulacion de la propiedad, si la circulacion natural produce la diversidad en la estension de las propiedades, si tiende á resolver la cuestion del grande, del mediano y del pequeño cultivo, si desarrolla el cultivo patriarcal, el mas ventajosamente conocido, sosten al mismo tiempo del orden público y fomentador de la poblacion, ya no se puede poner en duda que es mas aceptable que el segundo»<sup>523</sup>.

Hacia el final de su trabajo llega a una de las razones cruciales, desde nuestro punto de vista, por la que los redactores del Proyecto de Código

<sup>520</sup> *Ibidem*, p. 945.

<sup>521</sup> *Ibidem*, p. 992.

<sup>522</sup> *Ibidem*, p. 992.

<sup>523</sup> *Ibidem*, p. 993.

Civil de 1851 optaron por una legítima larga: el miedo a que una libertad amplia en materia de sucesiones hiciera inútil la legislación contra mayorazgos y vinculaciones. Esta razón, explicitada por el propio García Goyena en sus *Concordancias*..., es recogida en una cita expresa por Cadafalch<sup>524</sup>.

Frente a este temor, defiende con razón que no puede pensarse mal sin fundado motivo: las provincias de fueros no pueden tener mayor libertad y hasta ahora «han sido un ejemplo de moderacion y dulzura», luego no puede presumirse que en el futuro no lo sigan siendo:

«Entre tanto, justo es que les sea respetada, así como justo sería que les fuese quitada el día en que se desvien del camino que siguen desde tiempo inmemorial. Desaparecieron los mayorazgos, ¡Ojalá no vuelvan! Y no obstante su reciente memoria, la libertad absoluta hace rarísima vez olvidar los sentimientos de la naturaleza. A cada hijo se da lo que se le puede dar ó lo que le corresponde; y la propiedad circula á merced de las circunstancias. El temor, pues, no puede referirse á tales provincias»<sup>525</sup>.

Si el temor se refiere a Castilla, el autor responde con la confianza en su proverbial honradez y en los principios de economía ya vistos por los que la libertad nunca produce el estancamiento de la propiedad. Pero aun en el caso de que se estancase la propiedad, Cadafalch propone un medio que «salvando el ejercicio de la libertad, impulse su circulacion y subdivisión». Es el contrato enfiteútico. Con él «se satisface el deseo de conservar, y se vence la natural repugnancia que siente el hombre en desprenderse de los objetos que forman su patrimonio y en cuya posesion hace consistir su felicidad»<sup>526</sup>. Y pone como ejemplo a Cataluña, con lo que entra en una cierta contradicción. Si en Cataluña no hay concentración de la propiedad ¿cómo se explica el enorme auge del contrato enfiteútico? El propio autor afirma que en el año en que se hizo general a Cataluña la legítima de los hijos en la cuarta parte, 1585, «recibió el enfiteusis un incremento prodigioso»<sup>527</sup>.

Vistos ya las ventajas e inconvenientes de los sistemas del Proyecto y catalán llega el momento de la conclusión, «de manifestar cuál de los sistemas vigentes en España, que pueden reducirse al de Aragon y Navarra, ejemplo de una libertad absoluta; al de Cataluña, ejemplo de una libertad razonable; y al de Castilla, ejemplo de una restriccion estrema, merece nuestra humilde preferencia»<sup>528</sup>.

<sup>524</sup> «Además hay una razón y de circunstancias especiales para temer abusos de la absoluta libertad, así en Castilla como en las provincias de fueros. Los mayorazgos han sido abolidos recientemente; y la vanidad, frustrada por este lado, buscaría medios de satisfaccion en la absoluta libertad, sacrificando los afectos de la sangre á las exigencias del órden ó derecho público», p. 993.

<sup>525</sup> *Ibidem*, p. 993.

<sup>526</sup> *Ibidem*, p. 993.

<sup>527</sup> *Ibidem*, p. 993. El autor dedicaba en su original su atención en este punto a la enfiteusis catalana y a la necesidad de que fuera recogida en el Proyecto según consta en una nota de la redacción de la revista, donde se anuncia que dicha parte no se incluye en la publicación, p. 994, nota 1.

<sup>528</sup> *Ibidem*, p. 994.

Cadafalch no está sugiriendo la conservación de la diversidad de Derechos, ni siquiera la incorporación de opciones en este punto dentro del Código Civil común sino un mayor espíritu de transacción, aunque bien es verdad que la legislación que considera intermedia y por tanto la elegida es precisamente la catalana:

«Nuestro respeto á los derechos del hombre y á las lecciones de la experiencia nos inclinaria á adoptar el sistema de Aragón y Navarra, que tan buenos efectos ha producido. Mas una consideracion nos sale al encuentro: está determinado establecer una misma legislacion para toda la monarquía. Si se adopta el sistema de Aragón y Navarra, se dirá que ensalza demasiado la autoridad del padre y que se prescinde de los derechos de los hijos. Disgustando este sistema á algunos, á muchos disgustaría también que se adoptase el de Castilla, por ser contrario al espíritu de importantes provincias. Y no solo se disgustaría por este motivo, sí que tambien porque ensalza los derechos de los hijos rebajando los del padre, en todas circunstancias siempre dignos de respecto. En semejante conflicto puede seguirse un término medio: no adoptar exclusivamente ni el de Castilla, ni el de Navarra y Aragon. *Este término medio es el sistema de Cataluña, que, reconociendo ciertos derechos para los hijos, deja al padre el ejercicio de razonable libertad.* No se presentará repugnante á los aragoneses y navarros, porque su actual costumbre sufrirá suave modificacion: no lo será á los castellanos, porque de un estado de restriccion pasarán al goce de un grado de libertad en todas ocasiones muy grata al hombre. [...] Así es que, en nuestra opinion, el sistema de suceder por derecho de Cataluña es el que merece ser consignado en el Código Civil como la ley de toda la monarquia española»<sup>529</sup>.

### 3.3.7 Valoración de la crítica doctrinal contemporánea

La primera nota que destaca es su apoyo a la reforma del Derecho civil debido a la necesidad de seguridad jurídica, uno de los beneficios que reportaría la promulgación del Proyecto más repetidos por los autores. Dicho esto y en relación ya hacia la concreta reforma que supone el Proyecto es unánime la petición de una revisión detenida del articulado; en realidad más que una petición es algo que se da por supuesto desde el momento en que se somete a la información pública.

Las críticas no proponen alternativas globales al Proyecto, salvo Escobar, sino que pretenden adecuarlo formalmente y en cuestiones de fondo a los criterios o soluciones que cada uno considera más convenientes. Así, se censura generalmente la disminución de la autoridad paterna, la falta de acuerdo con la Iglesia en las materias que le afectan, la introducción de instituciones de origen foral o la falta de protección a los dere-

---

<sup>529</sup> Y concluye advirtiendo que no sería el primer caso en que una legislación «particular» se ha extendido a todo el país: por ejemplo, las Ordenanzas de Bilbao, que «vinieron á ser el Código mercantil español», p. 994. La cursiva es nuestra.

chos adquiridos por los Derechos civiles vigentes hasta entonces. De manera particular, Cárdenas censura que no se hayan llevado hasta el final los preceptos liberales de protección al tráfico, Antequera y Ortiz de Zárate su excesivo apego al Código Civil francés, Cadafalch y Buguñá junto con Reynals y Rabassa la opción castellanizante en materia de sucesión forzosa y por la mayoría la falta de definiciones y de precisión en el lenguaje. Sin embargo, tanto en la crítica de Antequera como en la de Ortiz de Zárate y sobre todo en la de Cárdenas las valoraciones positivas son lo suficientemente numerosas como para no poder, a nuestro juicio, deducir un rechazo frontal del Proyecto, sino simplemente la petición una revisión más o menos a fondo en cada caso. En cuanto a los dos juristas catalanes, aun limitadas sus peticiones a un punto muy concreto, éstas implicaban una reforma importante en el articulado por la trascendencia de las reglas sucesorias.

La crítica que se envía desde Cataluña y Aragón tiene por objetivo la modificación de aspectos concretos del Proyecto en los que las soluciones por éste propuestas son excesivamente distintas a las vigentes en sus territorios. De manera especial, la polémica en el plano doctrinal se produjo a propósito del sistema de legítimas. Dicha polémica no se limitó a la doctrina, especialmente la catalana, tanto a favor como en contra<sup>530</sup>, sino que aparece como protagonista de la crítica de los intereses económicos de Cataluña.

Vistos los principales defectos alegados por la doctrina, la reducción de éstos al afrancesamiento, al olvido de los Derechos forales y a la regulación del matrimonio y prohibición de adquirir a la Iglesia católica pue-

---

<sup>530</sup> Este debate se prolongará y en él se encuadra la serie de artículos de Francisco de Pou, titulada «Conveniencia y utilidad de la sucesión forzosa, en la forma que se establece en el proyecto del Código Civil español», en *El Faro Nacional*, 1857, núms. 240, de 30 de julio, pp. 127 a 132; 241, de 1 de agosto, pp. 143 a 146; 242, de 4 de agosto, pp. 161 a 164, y 243, de 6 de agosto, pp. 176 a 179. Esta serie de artículos será incluida un año después en la *RGLJ*, tomo XII, 1858, bajo el título «De la sucesión forzosa», pp. 224 a 237 y 463 a 481, a los que añade dos artículos más en el tomo XIII, 1858, pp. 55 a 61 y 195 a 198. Su postura es claramente contraria al sistema vigente en Cataluña por su injusticia hacia los hijos no primogénitos, así como por sus desfavorables consecuencias tanto en la economía, al no permitir la división de la propiedad, como en la paz de las familias donde se producen con frecuencia conflictos y pleitos. Denuncia el abuso de la libertad de testar que se produce en Cataluña además de fundar el origen de ésta en el interés de la clase dominante por conservar su poder a través de la conservación de las «casas principales». Dentro del debate doctrinal posterior encontramos también los discursos pronunciados por Cadafalch y Buguñá y por Vives y Cebria en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona en 1861. El primero, a propósito del concurso abierto por la Academia bajo el tema de la conveniencia de la uniformación del Derecho Civil en España y, en su caso, la forma de llevarlo a cabo, lo declara desierto al haberse presentado una sola Memoria, a favor de la uniformación, pues no encuentra «una demostración plena y satisfactoria de los motivos que aconsejan la unidad, ó de los medios que pueden seguirse para remover los obstáculos que á ella se oponen», p. 23; el discurso de Vives permite conocer que la Academia se ocupó de otros puntos del Proyecto, especialmente de la patria potestad y de la «notabilísima cuestion de si eran ó no reivindicables los títulos al portador», punto al que dedica la mayor parte de su atención. *Sesión pública anual de apertura, celebrada por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona el día 27 de enero de 1861*, Barcelona, 1861, Librería de Joaquín Verdaguer.

den ser matizados. Por un lado, existen junto a éstos otros defectos que son incluso criticados de forma más tajante y desde luego más unánime, como la reducción de la mayor edad o la protección económica del individuo frente a la familia; la crítica del afrancesamiento existe, pero más bien como una falta de «originalidad» o iniciativa propia al elaborar el articulado junto con la aceptación generalizada del valor del modelo galo. La regulación de las materias que afectan a la Iglesia no sufre la dureza de la crítica de ésta, aunque varios autores recuerdan la necesidad de lograr un acuerdo entre las dos potestades.

En último lugar, corresponde tratar de la crítica del uniformismo de la obra. En mayor o menor grado la mayoría de los autores son conscientes de las dificultades que comporta la uniformidad del Derecho civil, pero las conclusiones a las que llegan son diferentes: unos, como Antequera, proponen una meditación o reflexión, es decir, un debate doctrinal previo acerca del contenido de la ley uniformadora, pero al comentar el autor citado el Proyecto, no censura sino más bien alaba varias de las medidas que suponen la desaparición de instituciones vigentes en los territorios forales. Por su parte, Cárdenas no se preocupa tanto de la transacción como de la protección de los derechos adquiridos. En cuanto a los juristas catalanes, tampoco llegan a defender la conservación de su Derecho foral. Limitados a un aspecto concreto del Derecho, de los dos juristas tan sólo Reynals llega a negar la uniformidad y a solicitar la conservación, como excepción a dicha uniformidad, del sistema sucesorio vigente en Cataluña. En este autor encontramos argumentos históricos e incluso alusiones «nacionalistas»; por todo ello Reynals puede considerarse, en estos años, como un incipiente representante de una postura propiamente foral y, más concretamente, de lo que se llegará a denominar Escuela Jurídica catalana.

En definitiva, la crítica doctrinal coincide, en buena parte, con la emitida por sus contemporáneos desde las AA. TT. y la Universidad salmantina, añade varios puntos de reflexión para la revisión del Proyecto donde se incluyen su afrancesamiento y la dificultad de encontrar una fórmula transaccional en materia sucesoria que sea aceptada por los distintos territorios españoles.

#### **4. LA CRÍTICA DE LOS INTERESES ECONÓMICOS. LOS INFORMES ENVIADOS DESDE CATALUÑA**

##### **4.1 INTRODUCCIÓN**

Tras los informes vistos, singularizados por sus autores –la magistratura, el clero y la doctrina– queda por conocer un amplio grupo de opiniones, tanto de corporaciones como de individuos particulares, cuyo punto en común y nota que les caracteriza consiste en la defensa de sus



intereses económicos, defensa que constituye el principal móvil de su reacción frente al Proyecto. En otras palabras, es su respuesta ante el peligro que éste supone para su actual situación económica (pero también social y política, por su interrelación) lo que les da unidad y, a la vez, permite clasificar las exposiciones en razón de las materias cuestionadas. En esta línea se manifiesta el Comisario de Agricultura de la provincia de Gerona al pretender «mantener encerrada dentro los límites de una cuestión de economía agrícola, y no hacer de ella una cuestión política ni social»<sup>531</sup>. Y, en coherencia con lo manifestado, envía su informe, como lo harán varios, al Ministro de Fomento en lugar de al de Gracia y Justicia<sup>532</sup>.

Los informes de los intereses económicos tienen un segundo rasgo distintivo y sin el cual su denominación quedaría incompleta. Las protestas y también algunas alabanzas provienen, de manera principal y en base a los informes que obran en el ACGC, de un territorio: Cataluña. No se elevó al Ministerio, o, al menos, así consta en sus índices, ninguna exposición de otros territorios, ni castellanos ni forales, salvo un informe sobre foros enviado desde Galicia y que lamentablemente no se ha conservado. De la misma manera, gracias al índice de exposiciones enviadas, puede saberse que fueron numerosos los contadores de hipotecas que enviaron sus peticiones al Ministerio con el muy probable fin de defender sus intereses económicos, de defender sus cargos, y que de haberse conservado hubieran podido incluirse en este punto de la crítica contemporánea.

El hecho de provenir la crítica de los particulares, bien asociados bien a título personal, de un territorio regido por un Derecho foral lleva una vez más a la cuestión de la oposición foral al Proyecto. Tradicionalmente se ha afirmado y probablemente se ha magnificado la existencia de una contundente oposición foral al Proyecto en el momento de su presentación a la opinión pública. Recientemente, sin embargo, estudios como los de Maluquer de Motes y Salvador Coderch, ambos catalanes y civilistas, unidos a los de historiadores del derecho, como Tomás y Valiente, Clavero o Baró, han introducido importantes matices que pueden cuestionar seriamente la existencia de una posición foral en el sentido que en la actualidad tiene el término, como defensa del Derecho histórico de cada territorio o como defensa de un «derecho regional de formación histórica que ha de subsistir en cuanto tal sin revisión ni revalidación contemporánea»<sup>533</sup>.

En este marco, el estudio de los informes particulares venidos de zonas con Derechos civiles propios, como Cataluña, es especialmente revelador. Ya pudo verse al tratar las exposiciones de las Audiencias

<sup>531</sup> Exposición del Comisario regio de Agricultura de Gerona, Narciso Fagés de Romá, publicada en *La Granja*, enero de 1852, p. 21.

<sup>532</sup> Dirigen sus informes al Ministro de Fomento, además de Fagés de Romá, la Junta de Agricultura de la provincia de Gerona, la Sociedad de Agricultura de la Comarca de Gerona, la Sociedad de Agricultura del bajo Ter y la Asociación Agrícola del Partido de Santa Coloma de Farnés.

<sup>533</sup> CLAVERO, B.: *El código y el fuero...*, o. c., p. 119.

Territoriales como éstas no defienden en ningún momento la persistencia de los Derechos forales, si bien varias, la mayoría porque radican en territorios sujetos a Derechos diferentes al castellano, abogan por una línea menos castellanizante y más transaccional, al tiempo que reclaman un mayor respeto hacia los derechos adquiridos.

Las líneas de los informes de intereses económicos tampoco significan exactamente la reivindicación de la subsistencia del Derecho civil catalán en el sentido antes expresado. Sí exigirán la conservación de determinadas instituciones o la modificación de la regulación del Proyecto de Código Civil en favor de otras medidas más cercanas al Derecho catalán que va a desaparecer. Junto a ellos, sectores catalanes apoyaron otras medidas que introducía el Proyecto y que modificaban su Derecho civil vigente. ¿Puede concluirse del estudio de esta faceta de la crítica del Proyecto que existió una oposición foral al Proyecto, en el sentido de reacción contraria a la desaparición de los Derechos forales? En nuestra opinión, incluso si nos limitamos a Cataluña, la afirmación no sería del todo correcta o, dicho de otro modo, denotaría un cierto anacronismo. Como acertadamente reflexiona Salvador Coderch<sup>534</sup> a propósito de la reacción catalana global, existió en Cataluña durante los años previos e inmediatamente posteriores al Proyecto de Código Civil de 1851 un sector importante que defendió, antes como representantes o impulsores del nuevo régimen que como catalanes, la reforma legislativa codificadora y unificadora; un grupo que no era antiforalista, sino simplemente liberal, ansioso de reformas incluso si éstas sacrificaban instituciones tradicionales forales (de igual forma que desde los territorios regidos por el Derecho castellano se aspiraba a su reforma).

Junto a este sector social se encuentra el contrario a las reformas pero, coincidiendo una vez más con el análisis del autor antes citado, la oposición nacía, no de una decisión primera de defender las instituciones forales, sino sólo aquellas que se juzgan convenientes por razones de índole social y, sobre todo, económica<sup>535</sup>. De hecho, estos mismos sectores critican unas medidas pero aplauden otras, según sus intereses se vean perjudicados o beneficiados. Esto no impide que estas críticas fomenten una posterior crítica ideológica, foral o, en otras palabras, que permitieran

---

<sup>534</sup> SALVADOR CODERCH, P.: *La Compilación...*, o. c., p. 13.

<sup>535</sup> Cita Salvador Coderch, *ibidem*, p. 86, nota 192, a Broca, quien ya en su día afirmó que la reacción contraria al Proyecto de los «Colegios de Cataluña» se había limitado al examen de instituciones y preceptos concretos, si bien aunque «no se elevaron a sentar la necesidad de la conservación substancial del derecho del antiguo Principado, todos estuvieron de acuerdo en la del mantenimiento de las instituciones fundamentales del Derecho Catalán». BROCA, G. M.: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil, y Exposición de las Instituciones del Derecho Civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la Jurisprudencia*, vol. I, Barcelona, 1918, Herederos de Juan Gili editores, p. 443. Las exposiciones que se enviaron al Ministerio de Gracia y Justicia, entre las que no se encuentran las referidas de los «Colegios», en algunos casos ni siquiera solicitan la conservación de las instituciones catalanas, sino una mayor transacción y, especialmente, la irretroactividad de las nuevas normas y el respeto a los derechos adquiridos.

«articular las primeras críticas globales desde un punto de vista doctrinal –o, si se prefiere así, ideológico– a la Codificación como sistema de regulación de las relaciones civiles de un pueblo y, concretamente, del pueblo catalán»<sup>536</sup>. Esta crítica doctrinal que surge de la reacción social se apunta ya, como se ha visto, en los artículos de Reynals y Rabassa, donde éste salta de la censura de unas regulaciones concretas del Proyecto hasta la censura de un Código Civil unificador.

Queda advertido que las líneas de los informes de intereses económicos no significan exactamente la reivindicación del mantenimiento del Derecho civil catalán, sino que exigirán la conservación de determinadas instituciones o la modificación de la regulación del Proyecto de Código Civil en favor de otras medidas más cercanas al Derecho catalán que va a desaparecer. Ahora bien, junto a esta moderación en el contenido de las peticiones hay que destacar la contundencia de la reacción catalana. El respaldo social de las exposiciones, así como su número, son aún datos más relevantes si los ponemos en relación con la ausencia prácticamente total de reacción desde otros puntos potencialmente conflictivos, como Navarra, las provincias vascas, Aragón, etc.<sup>537</sup>.

La reacción de los intereses económicos catalanes tiene aún un tercer rasgo que la caracteriza y delimita. Todas las exposiciones, salvo una, representan a la clase propietaria catalana. Que fuera la clase social más poderosa la que reacciona frente al Proyecto es un dato que hay que tener muy en cuenta (aunque evidentemente dentro de los propietarios existan

<sup>536</sup> SALVADOR CODERCH, P.: *La Compilación...*, o. c., p. 87.

<sup>537</sup> Desde Navarra se envió, aunque no conste en el ACGC, una exposición de la Diputación de Navarra a la Reina con motivo del nombramiento de magistrados para la Audiencia de Pamplona, fechada en julio de 1851, y en la que se recuerda que «el Derecho Civil de los navarros es, Señora, especial y absolutamente distinto del de la generalidad de la Monarquía», que no sólo afecta a instituciones aisladas sino que configura un Derecho Civil completo «y cuando en ella falta disposición a que atenerse, la misma legislación municipal ordena terminantemente que se observe el derecho común de los Romanos», Derecho que permanecerá vigente hasta que se formen los Códigos generales tal y como prevé la Ley de 16 de agosto de 1841. Así se mantiene hasta el momento e incluso deberá preverse un período de adaptación en el momento en que se apruebe un Código Civil, dado «que no se cambian fácil ni impunemente las instituciones y leyes que han dado forma y existencia a los pueblos por espacio de muchos siglos, y que es todavía más difícil y hasta imposible ese cambio tratándose de los derechos y obligaciones inherentes a la familia y al individuo. Así que, aun promulgado y puesto en práctica el nuevo Código Civil, será preciso que desaparezcan tal vez dos generaciones antes que dejen de tener aplicación las leyes antiguas». La exposición viene recogida por DE PABLO CONTRERAS, P., y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *La actitud de Navarra...*, o. c., pp. 523 a 526. Los autores destacan como rasgos de la actitud de Navarra ante el anunciado Código Civil (si bien no se deduce de la exposición que tuvieron conocimiento del contenido ni tal vez de la existencia del proyecto de Código Civil de 1851, ya que sus referencias se hacen a un hipotético futuro Código Civil tal y como también deducen los autores del artículo), por un lado, la convicción de que la publicación del Código Civil significará la desaparición del Derecho civil navarro, que dicho Código Civil general para toda la nación era un adelanto y un bien necesario y, en tercer lugar, el convencimiento de que el Código Civil tardaría aún muchos años en promulgarse, *ibidem*, p. 522. Después de estas manifestaciones de la Diputación de Navarra sorprende aún más la ausencia de protestas elevadas al Ministerio de Gracia y Justicia una vez conocido el Proyecto de Código Civil de 1851, exceptuándose la moderada de la AT de Pamplona.

diferencias sustanciales). La nobleza y la alta burguesía catalanas tienen una capacidad de presión nada desdeñable. Queda por saber qué valor se le hubiera dado a una protesta protagonizada por las clases menos favorecidas. En cualquier caso, la excepción a esta característica la constituye una multitudinaria petición por parte de los censualistas a primeras cepas o rabassaires que protestan por la solución presentada por el Proyecto al conflicto sobre la rabassa morta.

Así pues, la principal crítica de los particulares tuvo una motivación económica, se centró en Cataluña y la protagonizó la clase propietaria. Dicha reacción tiene varias características más:

– En primer lugar, se canaliza a través de asociaciones o simplemente de grupos de propietarios que «espontáneamente» suscriben uno u otro manifiesto. No se elevan peticiones o protestas particulares para protestar, aunque sí, y también es significativo, para apoyar la regulación sucesoria del Proyecto.

Este carácter organizado permite hablar de una verdadera campaña de protesta. Confirman esta calificación varios datos: por un lado, las referencias que los propios firmantes hacen en unas exposiciones a otras y el contenido de simple refrendo o apoyo a una exposición previa de varios de los informes; por otro lado, como ha estudiado Salvador Coderch, las firmas en muchas ocasiones se repiten en los informes, con lo que la relación entre ellos se evidencia, y, finalmente, la coincidencia en las fechas nos lleva a concluir que la protesta fue todo un éxito de organización<sup>538</sup>. Y, finalmente, la coincidencia en el tiempo de las exposiciones lleva a la conclusión de estar ante una corriente de opinión sabiamente encauzada.

– La segunda característica viene dada por el objeto de atención de las exposiciones. También en este punto se manifiesta el carácter organizado de la protesta, pues prácticamente ninguna de ellas aborda otro punto que no tenga que ver con tres instituciones determinadas: la mayor libertad de testar del Derecho catalán frente al artículo 642 del Proyecto, especialmente en lo que se refiere a la legítima de los hijos y descendientes, el censo enfiteútico tal y como se regula en Cataluña y el censo a primeras cepas o rabassa morta.

Los tres puntos no tienen de todas formas la misma consideración. Los dos primeros constituyen la verdadera crítica de la clase propietaria catalana. A ellos se dedica el primer apartado. A continuación nos ocuparemos de la rabassa morta, protagonista de un conflicto preexistente y al que precisamente la regla 9 del artículo 1563 se dirigía como una propuesta para resolverlo. En este conflicto la postura de la clase propietaria catalana es, en líneas generales, favorable al Proyecto, mientras que son los dueños del dominio útil los que rechazan y protestan ante la regla del 1563.9.

Antes de continuar conviene recordar que el estudio se basa en los informes que llegaron, efectivamente, hasta la CGC a través del Ministe-

---

<sup>538</sup> SALVADOR CODERCH, P.: *La Compilación...*, o. c., pp. 81-82.

rio de Gracia y Justicia y, en ocasiones, del Ministerio de Fomento. Las exposiciones manejadas en las páginas siguientes fueron enviadas por las siguientes asociaciones o corporaciones:

- Comisión regia de Agricultura en la provincia de Barcelona <sup>539</sup>.
- Exposición del Comisario regio de Agricultura de la provincia de Gerona <sup>540</sup>.
- Junta de Agricultura de la provincia de Gerona <sup>541</sup>.
- Junta provincial de Agricultura de Barcelona <sup>542</sup>.
- Junta de Agricultura de la provincia de Tarragona <sup>543</sup>.
- Sociedad de Agricultura de la Comarca de Gerona <sup>544</sup>.
- Sociedad de Agricultura del Ampurdán <sup>545</sup>.
- Sociedad de Agricultura del bajo Ter, establecida en Tornella de Montgrí <sup>546</sup>.
- Asociación Agrícola del partido de Santa Coloma de Farnés, provincia de Gerona <sup>547</sup>.
- Instituto Agrícola Catalán de San Isidro (IACSI) <sup>548</sup>.
- Asociación de propietarios territoriales de España establecida en Barcelona <sup>549</sup>.
- Sociedad económica de Tarragona <sup>550</sup>.
- Exposición de varios propietarios del Principado de Cataluña de 1 de junio de 1852 <sup>551</sup>.

<sup>539</sup> Fechado el 22 de diciembre de 1851. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 6.

<sup>540</sup> A pesar de no conservarse en el ACGC, incluimos en este apartado la exposición de Narciso Fagés de Romá, Comisario regio de Agricultura de Gerona, puesto que parte de las exposiciones enviadas se limitan a declarar su adhesión a lo expuesto por dicho Comisario, y una de ellas comunica que envía una copia de dicha exposición, aunque el ACGC no la conserva. La exposición, fechada el 22 de diciembre, fue publicada por la revista de Agricultura *La Granja* en su número de enero de 1852. Tras muchos esfuerzos, únicamente hemos podido localizar parte de dicho número, pp. 17 a 23, en la Biblioteca Carlos Fagés de Climont de Figueras (Gerona).

<sup>541</sup> Dirigida al Ministerio de Fomento el 21 de abril de 1852. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 7.

<sup>542</sup> ACGC, sección civil, carpeta 8, dos documentos: uno fechado el 1 de marzo de 1852 y el otro el 18 de mayo de ese mismo año.

<sup>543</sup> Envía su informe el 7 de julio de 1852. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 12.

<sup>544</sup> Envía el informe su Comisión Directiva, dirigida al Ministro de Fomento, el 20 de mayo de 1852. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 9, documento A.

<sup>545</sup> Elevada por la Comisión Directiva el 30 de mayo de 1852, sin que conste el destinatario. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 9, documento C.

<sup>546</sup> Elevada al Ministro de Fomento el 28 de mayo de 1852. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 9, documento D.

<sup>547</sup> También redactada por su Comisión Directiva y enviada al Ministro de Fomento, el 10 de mayo de 1852. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 9, documento B.

<sup>548</sup> ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 10, dos documentos: un informe enviado desde Barcelona el 19 de abril de 1852 y un segundo informe fechado el 27 de junio de 1852.

<sup>549</sup> Fechada su exposición el 30 de junio de 1852. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 11.

<sup>550</sup> Dirigida al Ministro de Gracia y Justicia el 14 de julio de 1852. ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 13.

<sup>551</sup> ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 7.

- Exposición de varios propietarios de Granollers, de junio de 1852<sup>552</sup>.
- Exposición de varios propietarios hacendados de Cataluña, de 24 de diciembre de 1851, sobre rabassa morta<sup>553</sup>.
- Exposición de varios propietarios de Cataluña sobre la rabassa morta, sin fecha<sup>554</sup>.
- Exposición de propietarios de censos enfitéuticos de las cuatro provincias del principado de Cataluña, de 10 de diciembre de 1851<sup>555</sup>.
- Exposición de enfiteutas a primeras cepas (rabassaires) de 24 de diciembre de 1851<sup>556</sup>.

Junto a ellas completan el estudio las siguientes exposiciones:

- Serie de artículos «Sobre la División Territorial y la Agricultura», por Isidoro de Angulo, director de la *Revista de Agricultura práctica, economía rural, horticultura y jardinería*, publicada por el IACSI<sup>557</sup>.
- Exposición de Francisco de Paula y Vidal a favor de la regulación testamentaria del Proyecto<sup>558</sup>.
- Representación á las Cortes al objeto de mejorar la suerte de Cataluña y reparar los males que á la misma está causando la ley que rige en ella sobre sucesiones testamentarias, enviada por Francisco Berch<sup>559</sup>.

## 4.2 LA CRÍTICA DE LA CLASE PROPIETARIA CATALANA

### 4.2.1 El Proyecto frente a la regulación catalana de la sucesión forzosa

De los dos puntos que componen la oposición de los propietarios catalanes, la regulación de la sucesión forzosa y de la enfiteusis, el primero es el que tiene una envergadura mayor y el que se alza como verdadero problema para la promulgación del Proyecto<sup>560</sup>.

---

<sup>552</sup> ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 2.

<sup>553</sup> ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 5, documento A.

<sup>554</sup> ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 5, documento B.

<sup>555</sup> ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 4.

<sup>556</sup> ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 4 bis.

<sup>557</sup> Se ha decidido incluirla por corresponder a uno de los protagonistas de la protesta, así como por ser publicada por el IACSI. Precisamente por su carácter de crítica fundamentalmente económica, como corresponde a la naturaleza de la revista, no se ha incluido dentro de la crítica doctrinal sino dentro de la elevada por la clase propietaria catalana.

<sup>558</sup> ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 1, documento 14.

<sup>559</sup> ACGC, sección civil, legajo 13, carpeta 8 bis.

<sup>560</sup> No es de extrañar que años después el Congreso de juriconsultos de 1863 plantee, dentro de los cuatro puntos de discusión, uno estrictamente de Derecho Civil y que éste sea: «En materia de sucesiones, ¿es preferible el sistema de legítimas ó el de la libérrima facultad en el testador? En el primer caso, ¿qué porción de herencia debe constituir la legítima? En el segundo, ¿cómo se conciliará la libertad del testador con los deberes naturales respecto á los descendientes?», reseña de las sesiones del Congreso, *La Escuela del Derecho*, 1863, vol. III, p. 103.

El sistema de sucesión forzosa de los hijos y descendientes<sup>561</sup> se convierte en una de las principales objeciones al Proyecto por la generalidad de los sujetos a los que afecta, lo que no puede decirse lo mismo de la reforma del censo enfiteútico ni de la rabassa morta, puesto que, aunque muy extendidas, se limitan en su trascendencia a los titulares de los derechos de uno u otro censo. A esta consideración se añade otra: tanto en el caso de la enfiteusis como de la rabassa morta, nos encontramos con conflictos que no surgen del Proyecto sino que se remontan a años, a décadas atrás. Las regulaciones del Proyecto, en ambos casos, se presentan como unas propuestas, unas soluciones a unos conflictos existentes. Las reacciones que provocan en las partes contrapuestas forman parte de las que se han ido manifestando con cada intento de resolución de dichos conflictos.

No puede decirse lo mismo de la primera institución, sobre la cual no existía un conflicto de intereses en Cataluña. Bien es cierto que las defensas del artículo 642 del Proyecto desde Cataluña responden a una valoración negativa del sistema sucesorio seguido en dicho territorio lo que podría llegar a calificarse de descontento, no de conflicto social; es decir, en este caso el Proyecto no viene a resolver un problema sino que reforma la sucesión de acuerdo con sus principios de uniformidad, división de la propiedad y prevención de cualquier tipo de concentración y vinculación de la propiedad, reforma que supone un convulsión posiblemente innecesaria en las provincias catalanas<sup>562</sup>.

La sucesión en Cataluña se inspira, por el contrario, en el principio de libertad y responde, según los informes que la defienden, a dos valores: el valor familiar por encima del valor de cada individuo y, en segundo lugar, el valor de la propiedad como un derecho natural y absoluto que por lo mismo tiende a ser limitado lo menos posible. Estos dos valores combinados se traducen en la protección al patrimonio familiar para conservar familias económicamente poderosas, con un poder paterno muy amplio y, en lo que atañe a la disposición *mortis causa* del padre, a una ley que le permite disponer libremente de tres cuartas partes de la herencia, con el cuarto restante como legítima. Esta libertad de disponer podría en teoría traducirse en un reparto igualitario entre los hijos, pues la ley catalana nada dispone al respecto. Pero junto a la ley se encuentra en Cataluña la costumbre de designar un único heredero que quedará al mando de la casa familiar, elección que, también por tradición, normalmente recae sobre el hijo primogénito.

El modelo sucesorio catalán, como otros modelos basados en una amplia libertad de testar, fue rechazado por la sección redactora del Pro-

---

<sup>561</sup> El IACSI critica también, aunque en un segundo plano, las disposiciones sobre la sucesión forzosa de ascendientes, cuya legítima considera excesiva y que, como en el caso de la sucesión de hijos y descendientes, adolecen de «querer sujetar demasiado la voluntad del hombre á las prescripciones de la ley», I, de 27 de junio de 1852, cit., p. 9.

<sup>562</sup> Así lo valora igualmente SALVADOR CODERCH, P.: *La Compilación...*, o. c., quien examina los antecedentes intentos de reforma de la libertad de testar en las pp. 15 a 26.

yecto en gran medida por el peligro de concentración y vinculación que consideraban que implicaría aceptar como norma aplicable a todo el país (la incorporación de excepciones había sido rechazada por contradecir su concepción uniformista de la unidad de Códigos) una amplia libertad de disponer. Tanto la regulación castellana como la catalana recogían la figura de la legítima pero con un *quantum* muy diferente. A pesar de algunos intentos por acercar las cuantías durante la discusión del Proyecto, finalmente se aprobó el artículo 642 que, aunque modifica la legislación castellana, de hecho responde a sus principios y no a los de los sistemas inspirados en el principio de libertad <sup>563</sup>.

#### A) *La protesta de la clase propietaria catalana*

No fue extraño que la sociedad catalana, en realidad la clase que se ve más afectada por el cambio, la de las «casas principales», reaccionase con energía frente al Proyecto en este punto. La crítica, como corresponde a una campaña de protesta, es homogénea. Todas las exposiciones comparten la defensa del propietario, de la autoridad paterna, de la familia sobre el individuo y, en general, de la situación económica y social, mostrando un talante aún más conservador que el de las Audiencias Territoriales.

Los informes de las corporaciones catalanas que se enviaron y que conservan el ACGC tienen diferente valor. En otras palabras, los informes giran alrededor de cuatro de ellos que son, de alguna manera, modelos e impulsores de la crítica de las corporaciones catalanas. Se trata, en primer lugar, del informe del Comisario de la Comisión regia de agricultura de Barcelona, Casanova y de Mir. Su denuncia fue una de las primeras enviadas y su repercusión fue mayor al publicarse en la revista mensual que la Comisión regia de Agricultura editaba por aquellas fechas. Su difusión animó a otras asociaciones a elevar sus propias denuncias <sup>564</sup>. Junto a este informe se encuentra el de su homónimo en la Comisión regia de Agricultura de Gerona, Fagés de Romá, informe publicado en la revista *La Granja* y, como en el caso anterior, provocador de informes de adhesión <sup>565</sup> que llegaron hasta la CGC. En tercer lugar, merece especial

---

<sup>563</sup> A este respecto opina Salvador Coderch que la diferencia entre la regulación catalana y la del Proyecto radica no tanto en la concepción de la familia como en la rigidez de la sucesión, *La Compilación...*, o. c., p. 21. Sin negar la diferente rigidez, creemos que también se diferencian en el concepto de familia: si bien ambas protegen la familia legítima, la legislación catalana preconiza una familia más amplia y tradicional que la que se revela en el Proyecto, donde los individuos tienen un peso y protección mayores que en la primera.

<sup>564</sup> Es el caso de los informes de la Junta provincial de Agricultura de Barcelona, citados, dedicados el primero a la rabassa morta y el segundo al nuevo sistema sucesorio y a la enfiteusis.

<sup>565</sup> De los informes que llegaron al Ministerio de Gracia y Justicia expresamente declaran su adhesión a la exposición del Comisario regio de Agricultura de Gerona, el enviado por la Junta de Agricultura de la provincia de Gerona y los informes de las Asociaciones de Agricultura del Ampurdán, Santa Coloma de Farnés, del bajo Ter y de la Comarca de Gerona.



atención el informe emitido por el Instituto Agrícola Catalán de San Isidro (IACSI) tanto por quien lo emite, representantes de la clase propietaria más poderosa, la nobleza y la alta burguesía, como por la variedad de razones que alega. El cuarto informe, de importante repercusión, fue el firmado por un elevado número de propietarios en junio de 1852, informe que fue, a su vez, secundado por varias asociaciones.

La denuncia se limita al sistema de legítimas simbolizado en el artículo 642. Las razones que se alegan en contra de la regulación del Proyecto son fundamentalmente de dos tipos, económicas y morales, pero también se alegan algunas de contenido político e incluso alguna razón jurídica.

a) Las razones económicas:

La principal razón argüida para rechazar la sucesión forzosa del Proyecto es económica: la inevitable división de la propiedad<sup>566</sup> a que dará lugar el sistema de legítimas, y que vendrá, finalmente, a conducir a la pobreza a gran parte de los ahora propietarios de medianas o pequeñas extensiones de terreno<sup>567</sup>. La propiedad territorial en Cataluña se halla suficientemente repartida tras las leyes de desvinculación y desamortización de manera que subdivirla sólo producirá el empobrecimiento general. Con la división ilimitada de las tierras se hará imposible la mejora de los cultivos, la inversión<sup>568</sup>, y, finalmente, se hará improductiva su explotación.

Pero la división ilimitada de la propiedad causará los mayores estragos precisamente entre los grandes propietarios. Dicho sistema provocará la «desaparición de muchas casas antiguas que [...] constituyen la riqueza del país, conservan la pureza de las costumbres [...], sirven de poderoso dique á la miseria general, y preconizan el gran principio de unidad que caracteriza los gobiernos monárquicos hereditarios, á los que debe en lo posible conformarse el regimen familiar»<sup>569</sup>. La defensa del *statu quo*

<sup>566</sup> El Comisario regio de Agricultura de la provincia de Gerona solicita que se tengan en cuenta los intereses de Cataluña, «salvandolos de la ruina con que en las provincias catalanas los amenaza el proyecto de Código Civil haciendo indispensables divisiones y subdivisiones, que no puede admitir la medida de sus labores, reducidas ya en general al mínimo posible», cit., p. 21.

<sup>567</sup> «Dividida ya tal vez la propiedad rustica en esta provincia, por el sistema enfiteútic establecido en ella, pocas son las haciendas que en el dia permiten el grande cultivo en la debida extension, y las de los propietarios que poseen una sola que son la inmensa mayoría, quedarían reducidas á pequeñas suertes que á penas producirían para la subsistencia de las familias de los actuales poseedores, trabajando como jornaleros.» I, de la Junta provincial de Agricultura de Barcelona, de 18 de mayo de 1852, cit., p. 10. Consideraciones similares sobre el desastre que supondría la división de una propiedad «ya reducida en general al mínimo posible» las encontramos en el informe del Comisario regio de Agricultura de Gerona, Fagés de Romá, cit., p. 21.

<sup>568</sup> «El artículo en cuestión (el 642) hiere mortalmente la acumulacion de capitales en la industria agrícola, por ahora mas necesitada y de todos modos principal en España [...]. La máxima tan util de la division con referencia al trabajo no tiene analogía con los capitales» Informe de la Junta de Agricultura de Tarragona, cit., p. 4.

<sup>569</sup> Informe del IACSI de 27 de junio de 1852, cit., pp. 2 y 3.

de la clase privilegiada catalana, como un elemento necesario no sólo de la prosperidad económica sino del «equilibrio» y orden sociales, se repite en los informes. El Comisario regio de Barcelona escribe:

«la clase labradora propietaria de esta Provincia se compone de familias antiquísimas cuyo solar ecsiste desde la edad media (... y son éstas las que) por su mayor caudal, por su saber y por el respeto tradicional que infunden sus familias, dirigen estas poblaciones como las mas inteligentes y mas interesadas en su bienestar, encontrando los pobres, en ellos, un apoyo seguro en su caritativa hospitalidad.»

Estas familias-pilares de la sociedad desaparecerán con el sistema de legítimas (lo que probablemente era uno de los objetivos perseguidos). En el plano puramente económico, la excesiva división de la propiedad territorial provocará otras consecuencias negativas, como la desaparición de la ganadería y de los montes, pues su dueño tendrá que dedicar esos terrenos al cultivo para poder subsistir; se originará el problema de la vivienda al tener que emigrar la población rural a las ciudades<sup>570</sup>. Además habrá «menor cantidad de productos por ser la mínima cultura un obstáculo a la variedad de cosechas»<sup>571</sup>. La economía nacional se resentirá a través de la disminución de los impuestos, ya que «la simultánea y frecuente acumulacion de bienes raíces en el mercado causaría una baja notable en sus valores»<sup>572</sup>.

En este plano esencialmente económico la revista del IACSI publica una serie de artículos de su director y socio del Instituto, Isidoro de Angulo, titulados «Sobre la Division Territorial y la Agricultura»<sup>573</sup>. Angulo, quien advierte que pretende ceñirse al punto de vista económico, tiene como objetivo demostrar que la regulación del Proyecto aniquilará la agricultura y la riqueza catalana<sup>574</sup>; con este fin pasa revista a la econo-

---

<sup>570</sup> «Colocadas las modestas habitaciones de nuestros labradores en el centro de sus haciendas, estan construidas de modo que solo prestan habitacion á una familia, y heredando los hijos algunos terrenos y (...) ningun capital no tendrian medio para edificar cabañas (...) en que abrigarse, pues compuesta esta provincia de parroquias rurales ó de aldeas de cortisimo vecindario en su mayor parte, tendrían que alquilar casas en las grandes poblaciones muy á menudo á leguas de distancia...» Informe de la Junta provincial de Agricultura de Barcelona, de 18 de mayo de 1852, cit., p. 10.

<sup>571</sup> Exposición de propietarios de Granollers, cit., p. 6.

<sup>572</sup> Informe del IACSI, fechado el 27 de junio de 1852, cit., p. 3.

<sup>573</sup> ANGULO, I.: «Sobre la División Territorial y la Agricultura», *Revista de Agricultura práctica, economía rural, horticultura y jardinería*, publicada por el Instituto Agrícola Catalán de San Isidro, bajo la dirección del socio don Isidoro de Angulo, tomo primero, Barcelona, 1853, Imprenta de Antonio Brusi, pp. 283 a 288, 314 a 320, 348 a 352 y 384 a 388. Continúa en el tomo tercero, 1854, pp. 61 a 64 y 93 a 96.

<sup>574</sup> La serie de artículos surge más directamente de las opiniones encontradas que habían manifestado, por una parte, Fagés de Romá en su Memoria citada, y Llansó en el periódico barcelonés *El Sol*. Mientras el primero, partiendo de la división de la propiedad existente en Cataluña, concluye que la regulación del Proyecto supondrá la aniquilación de la agricultura, el segundo, aun afirmando que el pequeño cultivo es perjudicial, opina que «la division proyectada en el Código, lejos de empobrecer la agricultura le dará más desarrollo» (tomo primero, p. 284). Ante la oposición de ambas conclusiones Angulo se propone «investigar la exactitud de esos hechos; por lo cual, siguiendo la marcha del señor Llansó examinaremos (...) cuanto concierne á la materia en los países que este señor está describiendo». La proposición de Llansó que pretende rebatir es recogida textualmente: «Las naciones donde

mía agraria de países vecinos en términos económicos para concluir que es la gran propiedad la «base fundamental de los adelantos agrícolas, del bienestar social de las clases y de la riqueza y prosperidad de las grandes naciones»<sup>575</sup>.

Más concretamente, y desde el punto de vista de los empresarios, se alega desde los informes que la desaparición de la figura del *hereu* causará trastornos en las sociedades e impedirá su creación y su crecimiento, pues ya no se verán favorecidas con la sucesión inmediata del hijo primogénito en la posición del padre fallecido, con lo que se evitaban las discrepancias y divisiones que se producirán en el nuevo sistema<sup>576</sup>.

Un argumento común a varios informes consiste en la invocación a la diligencia y amor al trabajo proverbialmente referidos al pueblo catalán, que desaparecerán desde el momento en que se suprima la motivación de poder disponer libremente de los bienes adquiridos que hasta ahora constituía la recompensa a la aplicación y la honradez.

La acusación tradicional a la libertad de testar de permitir la concentración de la propiedad hasta «un grado perjudicial» también es rebatida. Esta tendencia no constituye un peligro en Cataluña, pues repetidamente se alega que la propiedad está tan dividida que apenas basta para cubrir las necesidades de una familia media.

b) En segundo lugar, los propietarios aluden a razones sociológicas y morales:

Se defiende la libertad de testar catalana por la necesidad de un instrumento de control para reforzar la autoridad paterna. Una legítima amplia disminuye la autoridad paterna, desprotege a la familia, desincentiva a los hijos a la hora de emprender una actividad económica.

La nueva norma es calificada de «tiránica e injusta», pues «corta hasta punto inmoral la autoridad paterna [...] de la que dimanaban todas las demás, pues la sociedad tiene su base en la familia»<sup>577</sup>. Los informes colocan como elemento de referencia a la familia por encima del individuo. Esto constituye una diferencia destacable con el Proyecto en el que si bien la familia tiene un valor especial y se protege ostensiblemente la familia legítima de los miembros extramatrimoniales es el individuo el sujeto de interés principal. En especial, es la propiedad un derecho cuyo titular es un individuo libre, y no un derecho ligado a una familia aunque sea su titular un sujeto en cada momento. Ésta es una diferencia principal: los informes de los propietarios catalanes defienden un patrimonio fuerte unido a un grupo familiar lo que en cierta forma retira dichos bie-

---

ha hecho mayores adelantos la agricultura, se nota la propiedad rústica muy dividida, al contrario en aquellos pueblos, que en razón de su constitución política la riqueza está acumulada, el cultivo sigue en un lamentable abandono», tomo primero, p. 284.

<sup>575</sup> *Ibidem*, tomo primero, p. 352.

<sup>576</sup> Informe del IACSI, fechado el 27 de junio de 1852, cit., p. 6.

<sup>577</sup> Informe de la Junta provincial de Agricultura de Barcelona, fechado el 18 de mayo de 1852, cit., p. 11.

nes del tráfico; el Proyecto, al dividirlos y atribuir la propiedad lo más plena y libre posible a cada individuo (desaparecen las sustituciones fideicomisarias, el retracto gentilicio, por ejemplo) y sin posibilidad de sujetarlos, favorecen el tráfico de dichos bienes.

La familia, por delante del individuo, combinado con una concepción negativa del hijo y favorable al padre. También aquí se separan el Proyecto de los informes de los propietarios catalanes, pues en el primero se defiende a los hijos de los posibles abusos de los padres y, en el caso que nos ocupa de la legítima, no se confía en la equidad de éstos. Los informes catalanes, por su parte, defienden el buen criterio paterno mientras que recelan de la inmadurez de los hijos:

«Pocos padres hay desnaturalizados que no amen con ternura á sus hijos y desgraciadamente son muy comunes los hijos que olvidando las leyes de la Religion y de la naturaleza descuidan los deberes que estas les imponen respecto á las personas que les dieron el ser; por lo que inmoral sería una ley que privase á los padres de disponer de sus bienes libremente á favor de los hijos que mas lo mereciesen y de recompensa con una gran parte de ellos al que le hubiese ayudado [...]. Inmoral sería una ley que privase á los padres del único freno que tienen estos para con los hijos malos, si forzosamente los habian de heredar sea cual fuere su comportamiento»<sup>578</sup>.

La desconfianza en los hijos se repite en los informes: «Los legisladores no deben contar con hijos hidalgos del todo virtuosos, antes al contrario, conocedores del corazón humano han de desconfiar de las pasiones de la juventud [...]. Si desconfianza inspiran los hijos, no debe extenderse ella á los padres, porque prenda de su buen comportamiento son su intenso amor, la esperiencia y moralidad que infunden los años...»<sup>579</sup>.

La negativa concepción de los hijos no se extiende, sin embargo, al hijo designado heredero, normalmente el primogénito, en quien los informes observan sólo un cúmulo de buenas cualidades<sup>580</sup>.

Por otra parte, dentro de un sistema político liberal, de libertades, es necesaria la presencia de un poder familiar que actúe como contrapeso. La familia aparece como un valor garante del orden social: «La reorgani-

---

<sup>578</sup> Informe de la Junta provincial de Agricultura de Barcelona, fechado el 18 de mayo de 1852, cit., p. 11.

<sup>579</sup> Informe de la Sociedad económica de Tarragona, cit., p. 3. El nuevo sistema dejará al padre a merced de sus hijos como describe melodramáticamente: «¡Desgraciado padre en medio del infortunio de la vejez y de las enfermedades á ella anejas! La ingratitude, el desden y la falta absoluta de consuelo, con pocas escepciones, acibarán su ecsistencia en el último periodo de su vida».

<sup>580</sup> El hijo primogénito, «presunto heredero desde sus mas tiernos años ayuda a su padre en el ayudado y manejo de la hacienda, cuando este es anciano lleva el manejo de la casa, siempre subordinado al que le dió el ser, mientras sus hermanos toman carreras proporcionadas (...) y recibiendo al establecerse la legítima que les corresponde, se coloca en posición tanto ó mas ventajosa que el heredero». Para demostrar la bondad del sistema, en el informe se alega que los propios segundones al ser padres de familia nombran, a su vez, heredero al hijo mayor. Informe de la Junta provincial de Agricultura de Barcelona, fechado el 18 de mayo de 1852, cit., p. 10.

zación de las familias es una novedad sentida en esta época, que domina la anarquía moral, efecto del aniquilamiento del principio religioso, el individualismo y un espíritu de exagerada independencia, consecuencia precisa de las revoluciones y trastornos»<sup>581</sup>.

El sistema catalán fomenta el amor al trabajo y el espíritu emprendedor que suscita en quienes no son los herederos del patrimonio familiar<sup>582</sup>, la consideración de la casa como refugio para todos sus miembros, incluso la baja criminalidad de las provincias catalanas, son argumentos presentados como ventajas que quedan respaldadas por los propios hijos que no son nombrados herederos quienes –se afirma– repiten la fórmula del *hereu* cuando forman su propia familia.

En cuanto al peligro de abusos que una amplia libertad de testar conlleva, los informes «garantizan» que el padre, llegado el momento, no olvidará los lazos de la sangre ni la igualdad en la distribución, pues siendo él quien mejor conoce las necesidades de cada uno de los hijos podrá «ejercer entre ellos la justicia distributiva, en la cual está la verdadera igualdad»<sup>583</sup>. Es más, sería injusto que del derecho de disponer libremente de sus bienes quedaran privados únicamente los padres en quienes no es presumible el abuso; éstos «no han de sentir la fuerza de otro resorte, que el que mueve la voluntad del hombre libre y de buen corazón, el deber moral de corresponder con el noble sentimiento de la gratitud, á los que se han hecho mercedores de ella»<sup>584</sup>.

La segunda objeción tradicionalmente opuesta al sistema catalán en el contexto familiar es la desprotección del resto de los hijos no herederos. Frente a esta desigualdad, el informe de 1 de junio de 1852 niega que la designación de heredero constituya un privilegio sino en la mayor parte de los casos una gran responsabilidad, lo cual lleva al padre a dotar al nombrado sucesor con una «aparente primacía» con el fin de ir inculcándole «los sentimientos de actividad para la conservación y aumento del patrimonio»<sup>585</sup>. Es más, desde algún informe se señala que el sistema catalán favorece a los hijos no herederos, pues pueden dedicarse a cualquier oficio o carrera respaldados por el patrimonio familiar en el caso de que en el futuro se encuentren necesitados<sup>586</sup>.

### c) Argumentos de «orden público»:

La inestabilidad de la familia se pone en relación directa con la inestabilidad social y política, al ser la familia el núcleo primario de la socie-

<sup>581</sup> Informe de la Sociedad económica de Tarragona, cit., p. 2.

<sup>582</sup> «La idea siempre abultada en los hijos de la riqueza familiar, unida al convencimiento prematuro de su inevitable participación después de la muerte de su padre, no podría menos de acrecentar la tendencia natural del hombre al quietismo y á la holganza.» Informe del IACSI, fechado el 27 de junio de 1852, cit., p. 5.

<sup>583</sup> Exposición de propietarios de 1 de junio de 1852, cit., p. 5.

<sup>584</sup> Exposición de propietarios de 1 de junio de 1852, cit., pp. 4 y 5.

<sup>585</sup> Exposición de propietarios de 1 de junio de 1852, cit., p. 7.

<sup>586</sup> Informe del IACSI, fechado el 27 de junio de 1852, cit., p. 5.

dad de forma que «disuelta la geraquía (*sic*) doméstica poco tardaría en serlo la social»<sup>587</sup>.

Se relaciona la familia incluso con la monarquía de manera que el principio hereditario de la segunda debe reflejarse en la primera:

«en todas las naciones gobernadas monárquicamente descuellan cierto recomendable deseo de transmitir á la posteridad, unido al nombre y patrimonio de la familia, el recuerdo de hechos benéficos ó gloriosos que la ennoblecen», manifestación que revela la condición social elevada de buena parte de los firmantes del informe del IACSI<sup>588</sup>.

La reforma no sólo es inconveniente sino inoportuna, pues «impolítico parecería, Señora, que cuando la propiedad y la familia son objeto de ataques rudos por parte de los socialistas quitáramos á la propiedad su vigor y relajáramos con ello los vínculos de la familia, introduciendo en nuestra sociedad una verdadera revolución»<sup>589</sup>.

La exposición de propietarios de 1 de junio llega a aludir a la lealtad a la monarquía, presión importante si tenemos en cuenta el número de propietarios catalanes que la suscribe. Es en la clase propietaria donde la monarquía debe buscar, y conservar, su apoyo. La advertencia es bien clara: la familia catalana y su regulación de la propiedad constituyen «el verdadero sostén de la Monarquía. En los tiempos presentes en que esta sabia institución ha recibido tan fieros embates que han hecho oscilar la mayor parte de los Tronos de Europa [...] la situación topográfica de vuestro Principado de Cataluña es con la constitución de la familia catalana un solido mural en que se estrellan los rudos golpes de la revolución»<sup>590</sup>.

d) Pero no todo son razones económicas, sociales o políticas; también se alegan motivos jurídicos: el sagrado derecho de propiedad lleva consigo la facultad de disponer libremente de él *mortis causa*, facultad sin la cual «pierde esta todo su aliciente»<sup>591</sup>.

Se alega también en contra de la reforma el principio de no innovar sino en caso de necesidad, que no es el caso. Los redactores del Proyecto

---

<sup>587</sup> Informe de la Junta de Agricultura de Tarragona, cit., p. 6. En este mismo informe la conexión entre familia y sociedad se explicita: «Sin advertirlo han quedado unidas las dos consideraciones de moralidad de los pueblos y paz y tranquilidad de las familias, quizas por su íntima conexión y referencia ya que los pueblos al fin son por necesidad lo que sus partes integrantes las familias...», p. 6.

<sup>588</sup> Informe de IACSI, fechado el 27 de junio, cit., firmado por el Marqués de Alfarrrás, el marqués de la Quadra, el conde de Torollas, José Catá de la Torre, Ramón de Olzinelles, José Bertrán y Ros y Mariano Fagés de Sabater. En términos semejantes se manifiesta la Junta de Agricultura de Tarragona, quien califica al artículo 642 de «directamente opuesto al principio monárquico» y símbolo de un sistema que «tiende directamente á disminuir la autoridad paterna, tipo primitivo y modelo de preeminencia soberana en el Gefe predestinado de una Nación, y confirma y corrobora la divergencia y multiplicación de los intereses individuales siempre parciales», I, cit., p. 3.

<sup>589</sup> Exposición de propietarios de Granollers, cit., p. 2.

<sup>590</sup> Exposición de propietarios de 1 de junio de 1852, cit., p. 8.

<sup>591</sup> Exposición de propietarios de Granollers, cit., p. 1.

se han dejado llevar por el «noble deseo del bien procomunal, que creen hallar en la uniformidad de la legislación y en la división de la propiedad»<sup>592</sup>.

Otro de los argumentos jurídicos se refiere al contenido de los deberes de los padres respecto de sus hijos, deberes que a juicio del IACSI terminan con el deber de alimentos, razón por la cual no comparten la denominación de los hijos y descendientes como herederos «forzosos», pues «no contradice á las inspiraciones de derecho natural la desigualdad que el padre establece entre el heredero y los legitimarios». El mismo Proyecto, añaden, en su artículo 68 sólo ordena a los padres alimentar y educar a sus hijos; «todo lo demás relativo á sucesiones deriva del derecho civil»<sup>593</sup>. Se repite este argumento en los artículos que Angulo publica en la revista del IACSI<sup>594</sup>.

### B) *Alternativas propuestas a la legítima de descendientes del Proyecto*

Este aspecto es quizá el más interesante a la hora de valorar la oposición al sistema sucesorio del Proyecto. Las alternativas son variadas y oscilan y en algunos casos combinan cuatro posibilidades de forma subsidiaria.

a) La postura de quienes proponen que se extienda a todo el país la regulación catalana como sistema intermedio entre la legítima castellana y la libertad de testar más amplia de Navarra y Aragón.

El informe firmado por los propietarios de Granollers comienza advirtiendo de la necesidad de tener en cuenta la diversidad de factores e intereses en juego a la hora de reformar la materia sucesoria. La advertencia conlleva la censura de haber prevalecido el ansia uniformadora sobre otras consideraciones:

«Cuando se trata de uniformar la legislación de los diferentes estados que constituyen la Monarquía Española, no es lo mas conveniente imponer leyes que contrarian abiertamente los habitos y la legislación, bajo los cuales viven felices y contentos millares de ciudadanos. Tan duro seria querer imponer á los castellanos la obligación de dejar todos los bienes al primogénito, salva á los demas hijos una parte legitima, como lo seria á los catalanes obligarles a repartir las herencias con arreglo á la ley francesa.»

Y precisamente es la solución catalana la que permitirá conciliar los intereses de todas las comunidades:

«Consérvese, Señora, la ley Catalana, que establece á favor del padre testador la mas amplia libertad para disponer de las tres cuartas partes de la herencia, y no habrá un español que pueda contra ella levantar la mas mínima queja. Dentro de los límites de la misma ley

<sup>592</sup> Exposición de los propietarios catalanes de 1 de junio de 1852, cit., p. 2.

<sup>593</sup> Informe del IACSI, fechado el 27 de junio de 1852, cit., p. 7

<sup>594</sup> ANGULO, I.: *Sobre la División Territorial...*, cit., tomo tercero, p. 94.

podrá el Castellano disponer las mejoras del tercio y del quinto y repartir las ocho quinzavas partes entre sus hijos, como ha hecho hasta ahora; podrá el que lo prefiera testar con arreglo á las disposiciones del proyecto de Código civil y podrá el Catalán nombrar, si lo cree conveniente, un heredero y dejar á los demas hijos la cuarta legitima aumentada hasta el punto que le aconsejen sus afecciones de padre, su amor á la conservacion y á la prosperidad de la familia»<sup>595</sup>.

La Junta de Agricultura de Tarragona también propone extender la legislación catalana al resto del país aunque subsidiariamente se podrá «aumentar en Castilla la de libre disposicion del padre á un tanto que produzca efectos saludables» con lo que se aproxima a la tercera alternativa.

La Comisión Directiva de la Sociedad de Agricultura del bajo Ter que dice suscribir la exposición del Comisario regio Fagés de Romá parece sugerir la extensión de la norma catalana a todo el país. Dicha Comisión considera que mientras la regulación del Proyecto impide mantener las proporciones de la sucesión en Cataluña, las normas catalanas sí permiten al padre castellano distribuir igualitariamente su patrimonio entre sus hijos. Es decir, la libertad de testar, mayor en Cataluña, acoge a los sistemas más rígidos, lo que evidentemente no ocurre a la inversa. Si hay que adoptar una misma regulación, que sea la que admite más soluciones: «la ley (catalana) no ha dicho que el primogénito deba forzosamente tener las tres cuartas partes; antes al contrario ha dejado al padre en la completa libertad de repartir entre sus hijos estas tres cuartas partes en el modo que le dicte su prudencia [...], dándole así el supremo poder para hacer respetar su autoridad paterna mediante el premio, y la privacion de las remuneraciones ó mejoras que sus hijos pudieran esperar de la regularidad de su conducta». Con la adopción del sistema catalán el padre puede ordenar su sucesión de muy distintas maneras: desde seguir el sistema de mejorar en el tercio y el quinto hasta consumir los tres cuartos en obras piadosas.

b) La postura de quienes de forma indeterminada solicitan que «se conserve» el sistema de sucesión que rige en Cataluña, pero sin especificar si como opción o como excepción para Cataluña.

Entra en esta propuesta el informe del IACSI, que eleva su exposición con la finalidad de pedir la sustitución del artículo 642, que «debe ser remplazado con las prescripciones de su legislación, tan profundamente arraigada como generalmente acatada», pero no especifica si pretende su extensión al resto del país. Como tampoco lo explica la exposición de los propietarios de 1 junio de 1852 quienes se limitan a solicitar «que sea respetada en el Código Civil la ley que arregla la sucesión testamentaria del Principado, tan conforme al derecho natural».

Dentro de este grupo se incluyen los informes que dicen secundar el informe de Fagés de Romá, Comisario regio de Gerona: el informe de la

---

<sup>595</sup> Exposición de propietarios de Granollers, cit., p. 8.



Junta de Agricultura de Gerona, que expresamente se adhiere a dicho informe considera que la solución a la alarma social generada por el Proyecto en este punto consiste en mantener la legislación catalana: «solo continuando en cabeza de uno de los hijos la mayor parte de los bienes paternos, es como pueden seguir las suertes (partes de tierra de labor, separadas unas de otras por lindes) pobladas que son la base de nuestro cultivo»<sup>596</sup>. Se adhiere expresamente a este último informe, y, por tanto, también al de Fagés de Romá, la Sociedad de Agricultura del partido de Santa Coloma de Farnés.

La exposición de Fagés de Romá contiene dos peticiones alternativas y otra subsidiaria más moderada que permite incluir esta exposición en varias propuestas. En un principio parece sugerir que se extienda el sistema catalán a todo el territorio o, al menos, un sistema que consagre una amplia libertad de testar: «Ya que no pueda el legislador abrigar sin temeridad la necia pretension de dictar una ley general, que sea igualmente benéfica para todas las familias, por hacerlo imposible lo diverso de las condiciones de estas, no pretenda privar al Gefe de cada una de ellas de la preciosa facultad de dictarle una ley particular»<sup>597</sup>.

Reconoce, sin embargo, la posibilidad, remota, de abuso de tal libertad, lo que le lleva a admitir un límite, si bien no concreta más: «y de consiguiente reconozco que debe el legislador acudir para impedirle, por esto es justo que se fije un limite, pero no un limite que reduzca á la nulidad la facultad del padre, que destruya el saludable espíritu de familia y que desmoralice á su Gefe induciéndole á defraudar la disposición legislativa, simulando contratos y arbitrando medios con que salvar de su accion deleterea lo mas que pueda de su hacienda»<sup>598</sup>. Esta segunda posibilidad se acerca a la petición de mayor transacción. Y, finalmente, y de forma subsidiaria solicitará el respeto a los derechos adquiridos y a las esperanzas legítimas, petición que hace referencia a la cuarta posibilidad.

c) Una petición más moderada es la que solicita un mayor grado de transacción en la norma uniforme que regule la sucesión forzosa, pero no necesariamente igual a la solución catalana.

Pertenece a este grupo la petición del Comisario regio de Agricultura de Barcelona, Casanova y de Mir, quien solicita «que en la ley de sucesion, los padres tengan la facultad de disponer en favor de sus hijos, á lo menos de la mitad de los bienes que deja al morir»<sup>599</sup>.

---

<sup>596</sup> Informe de la Junta de Agricultura de la provincia de Gerona, cit., p. 3. Por si no quedaba claro el descontento general, la Junta se despide suplicando que se tenga en cuenta lo expuesto para así «calmar la alarma que en todas ellas tiene agitadas todas las familias propietarias y cultivadoras por el solo temor de que pueda ser sancionado un proyecto que arruinaria su agricultura y los lanzaría desde el camino del progreso en que ahora se encuentran al abismo de la miseria y de la degradación», p. 4.

<sup>597</sup> Exposición del Comisario regio de Agricultura de la provincia de Gerona, cit., p. 22.

<sup>598</sup> Exposición del Comisario regio de Agricultura de la provincia de Gerona, cit. p. 22.

<sup>599</sup> Exposición de la Comisión regia de Agricultura de la provincia de Barcelona, cit., p. 7.

Comparte esta solución la Junta provincial de Agricultura de Barcelona y además aborda directamente el problema de la aplicación de un mismo sistema en todo el territorio nacional:

«Se dirá tal vez que lo dicho será aplicable á Cataluña pero que no conviene á otras provincias del Reyno cuyas circunstancias agrícolas son bien distintas, á esto contestará esta junta que aun cuando fuese así en algunos estremos de los que abraza esta esposicion, hay muchos que son aplicables no solo á todos los Españoles sino á todos los hombres, y que no propone se restrinjan bajo tales ó cuales condiciones las facultades de los padres de familia, sino al contrario que se les deje libertad de disponer de sus bienes ó de una gran parte de ellos del modo que el amor paterno les dicte, mejor guía seguramente que todos los códigos que puedan promulgarse y de este modo se logra que *en cada provincia y en cada familia se podrá testar por los padres del modo que les dicte su conciencia, sin que un mismo código deje de regir en toda la Monarquía. Que tengan en buena hora los padres la libertad de disponer de sus bienes en partes iguales entre sus hijos, pero que no se les prive del derecho de disponer á lo menos de la mitad en favor de uno de ellos facultándole á este á que satisfaga la legítima á los demás en metálico ó en fincas*»<sup>600</sup>.

Como en el informe de Casanova y Mir, se solicita, al menos, una legítima más reducida. Ciertamente, la petición era bastante moderada y en ningún momento se oponen al Proyecto de Código Civil como tal. Más adelante insiste en que la «conveniencia de que un solo código rija en toda la Monarquía» no puede llevarse a cabo mediante el sistema propuesto, sino que «se deje la libertad á los padres de disponer á menos de la mitad de sus bienes, con lo que conservandose la unidad de la legislacion, se pueda en las distintas provincias regidas por códigos diversos hasta ahora, mantener sus antiguas costumbres sin alteracion notable, se sostengan los derechos de la autoridad paterna y no se lleve la división de la propiedad hasta el infinito»<sup>601</sup>.

Sin decidirse por fijar un *quantum* alternativo a la legítima del Proyecto, la Sociedad económica de Tarragona propone una mayor transacción, ya que se declara consciente de las prevenciones de la CGC a la hora de rechazar una amplia libertad de testar:

«No entra en el proposito de la Sociedad Económica el que se establezcan sin condiciones razonables, los mayorazgos y fideicomisos familiares, ni el que se haga á la primogenitura una obligación forzosa [...]. La primogenitura no debe sancionarse sino en los casos dados por la ley [...]. (La Sociedad) no se obstina en que rija en todo el Reyno la consitucion de Cataluña, relativa á fijar la sola cuarta parte de los bienes paternos á favor de los hijos sin derecho de ser mejorados, no haciendose distincion del numero de hijos, que hacia con gran sabidu-

<sup>600</sup> Informe de la Junta provincial de Agricultura de Barcelona, fechado el 18 de mayo de 1852, cit., p. 12. La cursiva es nuestra.

<sup>601</sup> *Ibidem*, p. 12.

ria la ley romana, pero ruega á V. M. el que se consigne en el nuevo Código Civil la facultad al padre ó ascendiente legítimo de disponer libremente de la mayor parte de sus bienes [...] como lo reclamen el bien de la familia y del Estado»<sup>602</sup>.

No parece compartir exactamente las peticiones del IACSI el director de su revista, pues en sus artículos Angulo presenta unas propuestas más transaccionales al solicitar que la legítima para hijos y descendientes sea proporcional al número de hijos si bien en todos los casos deberá quedar al padre la libre disposición de, al menos, la mitad de los bienes<sup>603</sup>.

d) La solicitud de una protección mayor hacia los derechos adquiridos y las esperanzas legítimas.

Como última petición y para el caso de no aceptarse la sustitución o la modificación del artículo 642, el Comisario regio de Gerona solicita no sólo una mayor protección de los derechos adquiridos en esta materia sucesoria, sino el amparo de las esperanzas legítimas. Éste es uno de los pocos informes del total de los emitidos sobre el Proyecto que acude a las disposiciones transitorias reclamando una protección de las esperanzas legítimas. El tratamiento del Proyecto a las situaciones jurídicas existentes era ambigua y proclive a engendrar la incertidumbre y en este mismo trabajo se ha visto cómo algunas AA. TT. y algunos juristas doctrinales reclamaban la declaración expresa en el Proyecto de la validez los testamentos otorgados, de manera paralela a lo previsto para las capitulaciones matrimoniales.

Pues bien, Fagés de Romá, en la misma línea, va un paso más allá y solicita la ampliación de la protección prevista en el artículo 1264. El artículo se refiere no ya a derechos adquiridos sino a las esperanzas legítimas de quienes contraigan matrimonio en los diez años siguientes a la promulgación del Código Civil. El Comisario regio considera que es un deber de justicia ampliar la protección de las esperanzas legítimas de los matrimonios celebrados por los primogénitos cuyos padres aún vivos no les han «otorgado donacion en capitulaciones matrimoniales» bien porque creyó más conveniente disponer de sus bienes por testamento o bien porque aún no se hayan celebrado las capitulaciones: «Verdad es que

<sup>602</sup> Informe de la Sociedad Económica de Tarragona, cit., pp. 7 a 8.

<sup>603</sup> ANGULO, I.: *Sobre la División Territorial...*, o. c., tomo tercero, p. 95. Sus peticiones no se limitan a la materia de las legítimas de hijos y descendientes, sino que con el denominador común de favorecer un patrimonio familiar fuerte y sujeto a la familia solicita que se permita al padre «substituir un hijo á otro hijo en el caso ó condicion de fallecer sin ellos el instituido», así como la «facultad de iguales substitutiones entre hermanos é hijos de estos», libertad para satisfacer las legítimas en dinero o en bienes y la «validacion de los convenios ó transacciones que tengan lugar entre el padre y cualquiera de sus hijos, pero con reserva del derecho competente á los mismos para el suplemento de la legítima en razon al mayor aumento que acaso experimentasen los bienes paternos, con posterioridad á la transaccion ó convenio», *ibidem*, pp. 95 y 96. En definitiva, es la protección a la familia como unidad económica frente a la protección del derecho de propiedad libre, individual dentro de un mercado lo más libre de trabas posible.

tales hijos no tienen en rigor un derecho adquirido á la herencia paterna, pero tienen sí una esperanza fundada en la antigua y general costumbre, solo en casos muy excepcionales contrariada, de verse llamados á dicha herencia»<sup>604</sup>. No son las esperanzas del primogénito ya casado las únicas que se frustran; también las de su mujer, la familia de ésta y los hijos de ambos. Por si no fueran suficientes las razones alegadas añade que es el primogénito el único de los hijos que, precisamente por las esperanzas de ser el heredero, no ha recibido nada de sus padres al contraer matrimonio y permanecer en la casa familiar y, por el contrario, es quien más se ha afanado en conservar y aumentar el patrimonio familiar.

Por todas estas razones, el comisario Fagés de Romá solicita, si es que no se termina modificando la regulación de la sucesión forzosa del Proyecto, que se añada al capítulo de los herederos forzosos «una disposición transitoria, que amparase las fundadas esperanzas de dichos hijos, de la manera que las disposiciones transitorias del capítulo de las donaciones matrimoniales amparan los derechos de los esposos, y las esperanzas de los que se casen dentro de los diez años en ellas prefijados»<sup>605</sup>.

Refrenda expresamente esta petición subsidiaria la Comisión directiva de la Sociedad de Agricultura del bajo Ter:

«pues si respeto merece la esperanza de los solteros, fundada solo en las antiguas leyes y prácticas, hasta el punto de permitirse durante diez años el poner en uso esas costumbres y leyes, ya derogadas por el código, siendo así que no se han comprometido todavía intereses algunos; mucho mayor respeto deben merecer las esperanzas concebidas por los hijos que se hallasen yá casados, existiendo los compromisos de intereses dotales y de la futura ó tal vez actual sucesión»<sup>606</sup>.

Como puede observarse, las alternativas abarcan un abanico bastante amplio de posibilidades. Ninguna de ellas puede calificarse, sin embargo, de defensora del Derecho civil catalán en cuanto tal. Sin embargo, para terminar, pueden ser oportunas las últimas palabras de Fagés de Romá, puesto que si bien es cierto que vienen referidas a unas instituciones concretas apuntan a lo que en los años venideros será una postura defensora del Derecho Civil catalán en cuanto a tal y en su conjunto, es decir, una postura foralista:

«V. E. considerará en su alta prudencia si aun cuando los males que me ha sido penoso presagiar para su agricultura no traspasen los

---

<sup>604</sup> Y añade: «Es evidente que las esperanzas de tales hijos, cuando menos tendrán igual apoyo que las de los primogénitos no casados aun, y si el proyecto del nuevo Código respeta con razon las esperanzas de estos, hasta el punto de permitir al padre por término de diez años favorecerlos en capitulaciones matrimoniales segun el antiguo fuero, ¿cómo puede destruir las de aquellos privando á sus padres del derecho que les daban los mismos antiguos fueros de trasladarles su herencia por testamento, ya que en capitulaciones matrimoniales sea imposible por hallarse celebrado el matrimonio?». Exposición del Comisario regio de Agricultura de la provincia de Gerona, cit., p. 19.

<sup>605</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>606</sup> Informe de la Sociedad de Agricultura del bajo Ter, cit., p. 12.

límites del indicado vasto territorio, se estaría en el caso de meditar detenidamente, si a las ventajas de conseguirse una completa é inmediata uniformidad en la legislación, es útil, conveniente y oportuno sacrificar las demás consideraciones, que naturalmente se presentan al ánimo al tratarse de hacer en unos tiempos como los que alcanzamos, y sin preparación que modere la violencia del tránsito, una reforma que altera el régimen secular de las familias, trastorna su existencia y cambia su porvenir»<sup>607</sup>.

De los informes vistos pueden deducirse varias reflexiones:

Las razones que se alegan para no aceptar la regulación del sistema de legítimas del Proyecto, rechazo centrado prevista para hijos y descendientes, son fundamentalmente de índole económica: la previsible división de la propiedad territorial hará desaparecer a las familias económicamente poderosas que actúan como motor de la economía catalana. Los propietarios, en pocas generaciones pasarán a ser jornaleros y no sólo resultará perjudicada la agricultura sino el resto de los sectores económicos, pues los capitales tampoco serán lo suficientemente voluminosos como para acometer inversiones importantes y necesarias para el desarrollo de la industria.

Junto con los desastres económicos se presentan los perjuicios en el plano social y moral, que vendrán dados por la disminución de la autoridad paterna, la consiguiente debilitación de la familia y, por extensión, de la moralidad pública y del orden social. Por el contrario, la regulación catalana permite conservar capitales fuertes y sujeta con mayor autoridad a la familia con lo que la sociedad gana en moralidad y orden. Los informes coinciden en proteger y defender al padre de los hijos; mientras el Proyecto recela de los padres y tiende a limitar su poder, los informes catalanes recelan de los hijos y, por lo tanto, se muestran partidarios de conservar un poder fuerte en manos del cabeza de familia.

Los argumentos jurídicos se limitan a indicar que el sistema del Proyecto constituye un ataque directo al «sagrado derecho de propiedad» en la medida que impide disponer de él *mortis causa* libremente y a negar la condición de derecho natural que en ocasiones se atribuye a las legítimas de hijos y descendientes.

Como se ha podido comprobar, los informes se circunscriben al punto del Derecho civil catalán que les interesa conservar, no tanto como catalán sino como una medida beneficiosa, especialmente en el plano económico. Las alternativas propuestas son muy valiosas a la hora de poder describir el contenido de la oposición al Proyecto. Una importante parte de ellas solicitan la conservación del sistema catalán pero dentro del futuro Código Civil, bien como norma extendida a todo el territorio o como excepción a su uniformidad; el resto moderan sus peticiones hacia una mayor transacción en la determinación de las

---

<sup>607</sup> Exposición del Comisario regio de Agricultura de la provincia de Gerona, cit., p. 23.

cuantías o simplemente en la garantía de una protección eficaz de los derechos adquiridos y de ciertas esperanzas que faciliten el paso hacia el futuro Código Civil

En definitiva, tanto por los argumentos presentados como por los fines que estas representaciones implican cabe afirmar que la postura foralista no se encuentra todavía definida como tal, si bien se apuntan actitudes y razonamientos que encontrarán su desarrollo y su aplicación a la defensa de un Derecho civil foral en sí mismo considerado durante los próximos años, pero ya una vez abandonado el Proyecto de Código Civil de 1851.

### C) *Las exposiciones a favor de la regulación del Proyecto*

La protesta de la clase propietaria catalana ante la regulación simbolizada en el artículo 642 del Proyecto fue generalizada lo que no quiere decir que fuera unánime. Frente a ella y de forma casi testimonial se enviaron al Ministerio de Gracia y Justicia, en años posteriores a los que comprenden propiamente la crítica contemporánea al Proyecto, algunos informes que comentaremos brevemente por su valor como defensa desde Cataluña de esta regulación.

El primero en el tiempo fue el suscrito por Francisco de Paula y Vidal, enviado en 1855. Si las exposiciones en contra del sistema del Proyecto eran expresivas en la descripción de sus previsibles y nefastos efectos, no lo es menos ésta, donde se afirma que «jamás se ha querido llevar á cabo con tanta energía la derogación de una costumbre de todo punto inmoral y tiránica»<sup>608</sup>. A su juicio, la regulación vigente en Cataluña es un «evidente anacronismo» y acusa a «algunas personas privilegiadas» de haber lanzado el grito de alarma en el país, para pasar a comentar los fundamentos del sistema del Proyecto.

De manera principal, la igualdad por naturaleza de los hijos, respecto a los cuales el padre por el mero hecho de serlo tiene una serie de deberes, los mismos para todos. Frente a quienes confían en el buen juicio paterno, Vidal opina que la realidad es que en innumerables ocasiones se producen abusos en la libertad de testar. Es más, niega que la pretensión de conservar la libertad de testar tenga por objeto permitir al padre premiar o castigar a sus hijos; el origen de la extensión del privilegio de la libertad de testar, en principio limitado a Barcelona, al resto de Cataluña, consistió, como se ha venido diciendo, en la pretensión de conservar las casas principales.

Rechaza tajantemente las afirmaciones según las cuales el sistema catalán beneficia a los hijos no primogénitos y a la agricultura. Solamente en el caso en que el padre muere prematuramente opina que la división del patrimonio no sería aconsejable pero inmediatamente matiza que las leyes no pueden tener en cuenta las excepciones sino la marcha normal de los acontecimientos.

---

<sup>608</sup> Exposición fechada en Barcelona, el 27 de mayo de 1855. ACGC, legajo 14, carpeta 1, documento 14, p. 5; en realidad es la primera página, pues la numeración empieza en el 5.

El fundamento esencial de su postura consiste en afirmar que «cualquier padre de familia está obligado por la naturaleza á distribuir igualmente los bienes entre sus hijos», con lo cual, como el hombre tiene también el derecho de disponer de sus bienes para después de su muerte, es necesario ponerle un límite, el que recoge el artículo 642. La sucesión forzosa es «la más natural y la mas conveniente para asegurar á los hijos sus derechos». No es, además, una institución nueva en Cataluña, mientras que la vigente es «una costumbre extranjera»<sup>609</sup> que ha permanecido por establecer un «odioso privilegio» en favor de las familias más poderosas.

En definitiva, defiende al Proyecto por recoger «el derecho natural, de la equidad y de la justicia»<sup>610</sup>.

Mayor trascendencia tiene una representación enviada desde Cataluña al Congreso de los Diputados en 1858<sup>611</sup> con el único fin de solicitar la sustitución del sistema de sucesión catalán «reduciéndola á unos justos y razonables límites, tal como lo consigna en su artículo 642 el proyecto de Código Civil español»<sup>612</sup>. Curiosamente afirman que al ser conscientes de que el Código Civil no podrá regir con la premura que se reclama, solicitan que por una ley especial se sustituya el sistema catalán por el que rige en Castilla «interin se aguarda la publicacion del Código Civil español»<sup>613</sup>.

La mala situación económica y social que denuncian que sufre Cataluña tiene sus raíces en la vinculación de los patrimonios a un reducido número de personas, efecto directo de su sistema sucesorio<sup>614</sup> y por el cual sólo circula una cuarta parte de la riqueza regional. Los argumentos son, cómo no, económicos y asociados a éstos «socio-políticos», pues el descontento económico se traduce inmediatamente en desorden social, y morales por la discordia familiar que se produce. Denuncian abusos del sistema, como la práctica de dejar la mayor parte del patrimonio en dinero para poder pasar oculto al primogénito u obligando al segundogénito que contrae matrimonio o se independiza a firmar un documento en el que, a cambio de una cantidad, reconoce haber recibido su legítima y renuncia a cualquier otro derecho.

Como antes Vidal, se denuncia que ha sido un grupo «por preocupación o por malicia» quien ha lanzado la voz de alarma pero también se han escuchado voces a favor<sup>615</sup>: «De todos los ámbitos del antiguo prin-

<sup>609</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>610</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>611</sup> *Representación á las Cortes al objeto de mejorar la suerte de Cataluña y reparar los males que á la misma está causando la ley que rige en ella sobre sucesiones testamentarias*, Barcelona, 1858, Imprenta de José Antonio Oliveres. La exposición fue enviada al Ministerio de Gracia y Justicia por Joaquín Berch.

<sup>612</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>613</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>614</sup> «La riqueza catalana está vinculada y continua vinculandose en un corto numero de individuos (... mientras que) el movimiento que se observa en Cataluña, esta en su casi totalidad por las pequeñas fortunas, que con sus modestos capitales y merced al espíritu de asociacion y al gran crédito que inspira dentro y fuera de ella...», *ibidem*, pp. 4 y 5.

<sup>615</sup> Cita a José de Mas Estañol, Francisco de Paula y Vidal con la Memoria *Las legítimas en Cataluña*, Andrés Guiamet con su Memoria *No mas hereu ni puvillas* y Francisco de Pou.

cipado se han levantado millares de voces clamando para la demolición de ese monumento de la edad media...»<sup>616</sup>.

La petición se concreta en el modo en que debe hacerse la reforma, esto es, respetando los derechos adquiridos, pero no todos: deberá tenerse presente que en Cataluña más que testamentos lo habitual es instituir herederos en las capitulaciones matrimoniales del primogénito «pero no todos se hacen de un mismo modo [...]. Unas hay, en que reservándose tan solo el padre el usufructo y una cantidad fija é invariables para testar, ceden todos los demas derechos al heredero de un modo absoluto é irrevocable. Los nombramientos hechos de este modo, como que son un hecho consumado, deben quedar validos y subsistentes»<sup>617</sup>.

Por el contrario, no deben conservarse aquellas otras donde el padre se reserva el derecho de enajenar e hipotecar sus bienes del modo que tenga por conveniente, pues «no llevan en si ningun compromiso». Estos nombramientos de heredero deben ser reformados «declarándose, que todos los bienes que no hubiesen sido cedidos de un modo absoluto é irrevocable, se considerasen como libres, y en consecuencia sugetos á la nueva ley de sucesion forzosa»<sup>618</sup>.

La polémica seguirá durante los años siguientes como puede comprobarse por la exposición que envían en octubre de 1860 unos representantes de los segundogénitos de Cataluña. En ella aparecen argumentos ya conocidos, en especial la frecuencia de los abusos en el ejercicio de la libertad de testar y el lamento por el retraso en la unificación del Derecho civil previsto constitucionalmente. Los firmantes no se «atreven» a solicitar la extensión de la norma castellana a Cataluña pero sí la autorización para «trabajar, aunando sus esfuerzos, dentro de la ley, bajo la vigilancia de la autoridad, en favor de la derogacion de la ley catalana, y del establecimiento en Cataluña de la ley de sucesion en Castilla»<sup>619</sup>.

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>617</sup> *Ibidem*, pp. 12 y 13.

<sup>618</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>619</sup> «Proyecto de reforma de la ley de sucesión testamentaria vigente en Cataluña», *El Faro Nacional*, 1860, núm. 126, de 27 de octubre, p. 484. Meses antes, esta misma revista había publicado una serie de artículos bajo el título «¿Es necesario y conveniente uniformar la legislación civil en España? Si no lo es, ¿bajo qué forma han de existir las instituciones jurídicas locales?», *El Faro Nacional*, 1852, núms. 5, de 12 de enero, pp. 49 a 52; 6, de 14 de enero, pp. 57 a 59; 8, de 19 de enero, pp. 84 a 86; 9, de 21 de enero, p. 89; 10, de 24 de enero, pp. 105 a 108, y 12, de 28 de enero, pp. 121 a 124. Escrita desde Cataluña, se afirma que el interés político, social e individual reclama la unidad legislativa y enumera como posibles fuentes de inconvenientes en la aplicación de la «uniformidad legislativa» a la sociedad legal, los censos, las sustituciones, las legítimas, las servidumbres y las tutelas (núm. 10, p. 105). El modo de evitar posibles conflictos consiste, a su juicio, además de reflexionar y revisar algunos puntos del Proyecto de Código Civil, en incluir disposiciones transitorias y particulares que preparen y faciliten el cambio de la antigua a la nueva legislación (núm. 12, p. 124).



#### 4.2.2 El problema del censo enfiteúutico

Los antecedentes del problema de la enfiteusis en Cataluña son complejos y controvertidos <sup>620</sup>. La institución había sido considerada durante el siglo XVIII como la responsable de la prosperidad económica de Cataluña <sup>621</sup>, pero a medida que avanza el siglo XIX y con él las ideas liberales comienza a ser una figura criticada principalmente por sus «residuos feudales», así como por consagrar una propiedad dividida en contra de la tendencia de una propiedad individual y libre. La Real Cédula de 1805 que permitió, entre otras cosas, la redención de las pensiones y cargas procedentes de los censos enfiteúuticos, fue derogada y repuesta en dos ocasiones, 1823 y 1837, aunque con modificaciones, con lo que aumentó la confusión y terminó dejándose la cuestión a los tribunales. Por esta razón, así como por la necesidad de suprimir lo que se consideraba abusos feudales, se solicita, en repetidas ocasiones, la reforma de la enfiteusis. Concretamente se argumenta que sus defectos consisten en un elevado laudemio que además se computa sobre la finca mejorada; un derecho de retracto a favor únicamente del dueño directo, lo que se considera un privilegio intolerable y en las reglas sobre el reconocimiento del dueño directo. Las quejas, como se ve, proceden de los dueños útiles. El Proyecto de Código Civil de 1836 había regulado el censo enfiteúutico, pero precisamente extrajo de su aplicación a Galicia y Cataluña, los dos territorios donde tenía verdadera aplicación.

El Proyecto de Código Civil de 1851 aborda el problema dándole una solución que no satisface a los dueños directos de los censos catalanes al no tener en cuenta las especiales características del censo enfiteúutico en Cataluña. Mientras en Castilla la entrada y la pensión son considerables y, por el contrario, el laudemio es bajo, en Cataluña sucede lo contrario: la entrada y la pensión son bajas (la segunda es, en muchos casos, simbólica) a cambio de un laudemio más alto. Además, la regulación del Proyecto prevé la posibilidad de redimir todos los censos por medio de una computación que tiene como base únicamente la pensión. La reacción de los propietarios de las tierras no se hizo esperar, llegando a calificar la medida de verdadera expropiación en favor de los enfiteutas.

#### A) *La protesta de los dueños directos en el informe de 10 de diciembre de 1851*

El primer informe que se elevó (al menos, de los que constan en el ACGC) contra el Proyecto desde Cataluña provino de propietarios de

---

<sup>620</sup> Realiza un completo resumen de los intentos anteriores de reformar esta institución así como de las peticiones elevadas desde Cataluña para la solución del conflicto, SALVADOR CODERCH, P.: *La Compilación...*, o. c., pp. 27 a 53. Se ocupa de los censos, foros y rabassas, CLAVERO, B.: *El código y el fuero...*, o. c., pp. 83 a 122.

<sup>621</sup> Sobre el censo enfiteúutico en el siglo XVIII en Cataluña, VILAR, P.: *Cataluña en la España moderna*, tomo II, «Las transformaciones agrarias», Barcelona, 1987, ed. Crítica, pp. 447 ss.

censos enfiteúticos de las cuatro provincias catalanas, exposición que se eleva el 10 de diciembre de 1851. Su petición esencial se divide en dos, una principal y otra subsidiaria: la primera, que se extienda la regulación catalana sobre censos para así extender sus ventajas a todo el país; en su defecto, es inexcusable el respeto a los derechos adquiridos.

Mueve a los firmantes la amenaza que para sus propiedades constituye el Proyecto de Código Civil. Frente a las alusiones a la utilidad pública en que se fundan las innovaciones, alegan que éstas no pueden suponer el despojo de los derechos de los particulares; denuncian, en esta misma línea, la falta de cálculo de las consecuencias que conllevará la aplicación de las nuevas normas. La utilidad pública no es un argumento válido para los firmantes. En cuanto a la invocación de la uniformidad de la nueva legislación tampoco puede servir de apoyo para la introducción de determinadas normas. Esto no significa que se opongan a la uniformidad, a la que califican de hermosa idea, pero «no basta sin embargo que sea tal para ser acogida por un legislador prudente»<sup>622</sup>.

Pero si la uniformidad se considera conflictiva cara al futuro, su retroactividad es calificada de intolerable: «los intereses existentes son sagrados si se crearon bajo la garantía de los derechos constituidos: legítimos en su origen son en sus consecuencias inviolables». En el Proyecto «se hacen aplicables á los derechos legítimamente adquiridos disposiciones que los aniquilan, y que sin reparacion compensatoria espropan y arruinan á sus dueños»<sup>623</sup>.

Defienden la legislación catalana como la fuente de su riqueza y prosperidad y especialmente la regulación del censo enfiteútico<sup>624</sup>, a diferencia de la prevista en el Derecho castellano. De las tres contraprestaciones que el enfiteuta debe al dueño del terreno, el censo, la entrada y el laudemio, en el ordenamiento catalán los dos primeros se fijan por las partes y son muy bajos, lo que permite el acceso de quien no tiene apenas recursos a la explotación de las tierras, a cambio de un laudemio más elevado y con un límite fijado por la ley (aunque frecuentemente el dueño del dominio directo rebaja su cuantía precisamente para favorecer las enajenaciones); por el contrario, en Castilla el laudemio es de poca cuantía, mientras que se elevan la entrada y el censo. Naturalmente, el sistema «mas ventajoso, mas economico, mas liberal» será «el que exija menos sacrificios del jornalero para conquistar la posicion de propietario»<sup>625</sup>, es decir, el catalán, pues el dueño directo, con la esperanza del laudemio, no exige más que una entrada nominal y un muy módico censo: un pollo o incluso un vaso de agua, censos a fin de cuentas simbólicos «que solo

---

<sup>622</sup> Exposición de 10 de diciembre de 1851, de propietarios de censos enfiteúticos, cit., p. 2.

<sup>623</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>624</sup> En la exposición se califica al censo enfiteútico como «un contrato consensual por el cual el dueño de una propiedad inmueble la cede á otro mediante un valor que se determina por la entrada, el pago de un canon ó pension anual y la prestacion del tanto por ciento sobre el precio de la finca cuando la misma se traspase», p. 4.

<sup>625</sup> *Ibidem*, p. 5.

ecisten como perenne testimonio del derecho dominical á que está sujeto el territorio»<sup>626</sup>.

Los exponentes tienen, en buena lógica con lo expuesto, especial interés en defender la regulación del laudemio cuya tasa legal oscilaba entre un máximo de una tercera parte del precio en los traspasos onerosos –salvo en Barcelona y zonas anexas donde el límite se establecía en el 10 por 100–, hasta su inexistencia en el caso de traspasos lucrativos del ascendiente al descendiente<sup>627</sup>. Bien es cierto que en muchas ocasiones se rebajaba el laudemio precisamente por el interés del dueño directo en favorecer las enajenaciones. El laudemio «dimana de un contrato solemne [...]; en suma, su origen no es vicioso, y tiene sobre la lejitimidad de su título la sancion de largos años y hasta siglos de quieta y pacífica posesion»<sup>628</sup>.

Sin embargo, los artículos 1548 y 1563 van a modificar sustancialmente el sistema catalán. El primero, al declarar redimibles todos los censos, incluso los ya existentes; el segundo, al disponer que podrán redimirse por los terratenientes (enfiteutas), pagando el capital de la imposición, y si éste no fuese conocido, cosa que ocurre en la mayor parte de los casos en Cataluña, abonando por todos los derechos dominicales la cantidad que resulta de computar la pensión al treinta y tres y un tercio el millar, o sea, 3 por 100, y, por último, al limitar el tercer párrafo del 1563, el laudemio al 2 por 100 del precio de la venta, proporción vigente en el Derecho castellano.

Estas medidas son cuestionadas por la exposición; sus firmantes llegan a sugerir que la CGC careció de los datos suficientes, puesto que, de haberlos tenido, «no se verían estampadas en el proyecto de Código Civil, y en términos los mas absolutos, disposiciones que barrenan los mas dogmáticos principios de la lejlslacion universal»<sup>629</sup>.

La exposición trata de demostrar, a través de numerosos ejemplos y cálculos, el perjuicio que la nueva regulación supondrá para los intereses de los dueños directos. Fundamentalmente por la limitación del laudemio, que, además, no se tiene en cuenta en la redención. Alegan los enfiteutas que el laudemio es su principal, por no decir única, fuente de ingresos, fuente que se les arrebatara, ya que la redención compensa «únicamente el cánon, pero no indemniza el importe del laudemio, que es, no obstante, en muchisimos casos el mas considerable producto del contrato, y de consiguiente la representación de la mayor parte de la riqueza del derecho dominical»<sup>630</sup>. Semejante disposición constituye, a su juicio, una

<sup>626</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>627</sup> Se exigía el «veinte y un tercio por ciento en los (traspasos) lucrativos entre extraños colaterales y ascendientes de segundo y ulterior grado» salvo en Barcelona y anexas donde no se pagaba nada en los traspasos lucrativos, p. 5.

<sup>628</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>629</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>630</sup> *Ibidem*, p. 9. Los firmantes a continuación se enfrascan en la consideración de una posible compensación de este perjuicio a través del artículo 1650 que autoriza en los préstamos un rédito convencional doble del interés legal: «El capital (se dirá) que en censo redi-

expropiación, «acto que ni cabe en la esfera de los poderes constitucionales ni entra en las doctrinas de ningún sistema racional de legislación»<sup>631</sup>. Podría justificarse la reforma si el laudemio, principal caballo de batalla de la exposición, fuera perjudicial para el orden económico cosa poco probable dada su creciente difusión y sobre todo porque dada la libertad de las partes para establecer el censo cabe deducir su interés y beneficio mutuo.

Todas estas consideraciones se encaminan a demostrar la bondad del censo enfiteútico tal y como se regula en Cataluña, pero especialmente la del laudemio. Éste nace de un pacto libremente constituido y al que deben sujetarse tanto el propietario como el enfiteuta: «es preciso no perder de vista que todas las prestaciones inherentes á los enfiteúsisis que hoy día existen, derivan sin escepcion alguna del titulo convencional»<sup>632</sup>. En segundo lugar, no existe una razón económica para su limitación, ya que el laudemio no es una prestación usuraria tal y como se le ha achacado. El laudemio es una «escasa» compensación al lucro cesante que experimenta el dueño de la finca al ver enajenada ésta sin percibir el precio. Escasa, aun cuando los firmantes dan por sentado que a la hora de calcular el laudemio se toma el valor de la finca mejorada: «la prestacion laudemial grava no tan solo la propiedad enajenada, sino tambien las mejoras que en la misma ha practicado el enfiteuta»<sup>633</sup>. Sus detractores lo consideran inmoral, pues por la enajenación de la finca se cobra el precio repetidas veces, acusación frente a la que responden que aun en el caso de un canon del 3 por 100 y tres laudemios en un siglo, el beneficio será menor que si se hubiese prestado el capital a un interés del 5 por 100, de manera que «para alcanzar la parte dominical un interés compensatorio de 6 por 100 que es el interés comun de los capitales en mercado, serian indispensables nueve traspasos en un siglo, de lo cual no hay tal vez ejemplo en el país»<sup>634</sup>.

Por otra parte, en Cataluña, aun teniendo una tasa legal el laudemio, es costumbre no cobrar más de la mitad de éste como forma de favorecer el traspaso, operación que interesa, como es lógico, al dueño: «Toda vez, pues, que la frecuencia de los traspasos está de acuerdo con el interés

---

tuaba el tres por ciento, una vez obtenido por medio de la redencion, es invertible á préstamo con un rédito de seis, ocho ó diez: con ésta conversion se gana un tres, un cinco, ó siete por ciento al año, se triplica, quintuplica, ó septuplica en un siglo el capital; de consiguiente se proporciona una considerable ventaja al señor directo, toda vez que éste, aun percibiendo por laudemio la tercera parte del precio, solo consigue por ésta via, reintegrar el capital durante un siglo contando sobre el cálculo común de tres traspasos» (está entrecorillado en el original). Esta reflexión es rebatida en la exposición con varias razones: la escasa tendencia de los hacendados a la especulación por medio de préstamos, su búsqueda más de la seguridad que de la rentabilidad, etc. La razón principal, sin embargo, radica en que no es cierto que el censo capitalizado represente el valor del predio enfiteútico, por lo menos en Cataluña, donde la mayor parte de los censos son puramente nominales. *Ibidem*, p. 9.

<sup>631</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>632</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>633</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>634</sup> *Ibidem*, p. 15.

dominical, lejos de ser éste una rémora que los entorpezca será un móvil eficaz que los procure»<sup>635</sup>.

La regulación catalana del censo enfiteútico es declarada superior a la castellana y causa de su economía floreciente. Ahora bien,

«¿Como se justifica la alteracion esencial de aquellas consignada en el proyecto de Código Civil? Si es por el afan de uniformar la lejislacion en toda la Monarquia, *meditese antes lo aventurado de este paso en una nacion donde son tan varias las costumbres, y tan diversos los intereses que han traido en pos de si*; donde ecsisten sociedades diferentes dotadas cada cual de sus instituciones particulares y especiales hábitos. *Y si no es ya solo un pensamiento sino una resolucion formada é invariable, la de crear para toda la Monarquia Española una lejislacion comun é uniforme, adóptense en ella al menos las instituciones que la esperiencia acredite ser mas utiles*, estimando la conveniencia de ellas por los respectivos resultados: *equiparase enhorabuena, pero hágase elevando lo malo á la esfera de lo bueno, y no rebajandose lo que es útil hasta el nivel de lo que es pernicioso*»<sup>636</sup>.

Esto por lo que hace referencia al futuro, pero respecto al pasado la postura es menos flexible:

«Pero si la conveniencia ó inconveniencia de alterar para lo futuro la lejislacion vijente hoy día en Cataluña acerca del contrato enfiteútico es materia cuestionable, *no cabe hacer objeto de discusion los derechos ecsistentes en virtud de las leyes que hasta ahora estuvieron en vigor. Los intereses creados á la sombra de ellas son intereses inviolables*: con menoscabarlos se atenta á la legítima propiedad; y este despojo siempre odioso por lo injusto é inmoral, es ademas en la actualidad altamente impolítico»<sup>637</sup>.

Ambas consideraciones concluyen en su petición final: «esperan que antes de someter el ilustrado Gobierno de V. M. al ecsámen de los cuerpos colegisladores el Proyecto de Código Civil, se consignará en él que no obstante lo prevenido en las disposiciones del mismo quedan subsistentes en todo su vigor los derechos lejítimamente adquiridos»<sup>638</sup>.

#### B) *Los ecos de la protesta en el resto de los informes*

La exposición de 10 de diciembre de 1851 no fue la única que defendió el mantenimiento de la enfiteusis catalana. Casanova y de Mir, Comisario regio de Agricultura de Barcelona, defiende la institución como el contrapeso ideal de la libertad de testar catalana. Las dos instituciones, tal y como se regulan en Cataluña, se presentan como complementarias: la libertad de testar, o mejor dicho, el peligro de concentración de propiedad territorial que entraña, se equilibra por medio del censo enfiteútico

<sup>635</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>636</sup> *Ibidem*, p. 20. La cursiva es nuestra.

<sup>637</sup> *Ibidem*, p. 20. La cursiva es nuestra.

<sup>638</sup> *Ibidem*, p. 21.

gracias al cual acceden a la propiedad de terrenos quienes por sus escasas posibilidades económicas no podrían hacerlo de otro modo:

«Combinadas prudentemente en el Código de este Principado las leyes de sucesiones con las enfiteúticas, al paso que se conservan las familias, pudiendo el padre disponer de las tres cuartas partes de sus bienes á favor del hijo que instituye heredero, el contrato enfiteútico tan comun en Cataluña, así en los tiempos antiguos como en los modernos, facilita de un modo asombroso la division de la propiedad, por la razon de poder adquirir aquella sin desembolso ó este muy escaso: lo que esplica porque en un pais, en que por la costumbre se pueden considerar constituidos en mayorazgos todos los bienes raices, hay tan gran número de propietarios y las haciendas tan pequeñas...»<sup>639</sup>.

El informe, sin saberlo, da una idea sobre una probable razón para el rechazo de tales instituciones en el Proyecto. Si éste busca la desaparición de toda posibilidad de vinculación de los bienes raíces, como vimos a través de sus bases económicas, las ventajas que alega el informe catalán constituyen más bien razones que ratifican su postura: favorecer la propiedad plena e individual (lo que no casa con el sistema que resulta del censo enfiteútico, que es perpetuo) y su tráfico, se entiende que a través, entre otros medios, de la división necesaria entre los hijos y descendientes de forma más o menos equilibrada.

La regulación de los censos del Proyecto según Casanova y de Mir ha convulsionado la opinión pública en Cataluña:

«la han escandalizado los (artículos) que tratan de los censos, pues han visto sentados principios que atacan de un modo tan violento y revolucionario los sagrados derechos de la propiedad y de la justicia, que solo podrían temerse de un despotismo ciego, ó de una revolucion desenfrenada, pero nunca que se hubiera consignado bajo las sombras del gobierno normal de una Monarquía en cuya Constitucion esta consignado: *que ningun Español será privado de su propiedad sino por causa de utilidad comun prévia la correspondiente indemnizacion.*»<sup>640</sup>.

Éste es uno de los pocos argumentos jurídicos que aparecen en estos informes. Los artículos 1548 y 1563 son considerados inconstitucionales en la medida en que autorizan la expropiación del censo al dueño sin declaración de utilidad común y sin indemnización. Casanova no encuentra la utilidad común de esta medida:

«Si la ley que rige en este pais sobre contratos enfiteúticos, fuese contraria á las ideas del siglo y repugnantes á sus habitantes, habría una sombra de justicia en abolirla, pero demuestra lo contrario la inmensidad de contratos enfiteúticos que se han hecho desde la mas remota antigüedad (*sic*) [...] ha servido para neutralizar los malos efectos de la amortizacion civil y eclesiástica, pues permitia ceder en enfi-

<sup>639</sup> Exp. de la Comisión regia de agricultura de la provincia de Barcelona, cit., p. 1.

<sup>640</sup> *Ibidem*, pp. 3 y 4. La cursiva es suya.

teusis á las manos muertas (... con lo que) hasta los jornaleros se convierten en propietarios por la facilidad con que adquieren una finca sin comprarla.»

Tampoco se prevé la indemnización ordenada constitucionalmente. La capitalización del censo en un 3 por 100 no es suficiente, pues el censo no es el único derecho que tiene el propietario sobre la finca; muchos censos se han cedido a un tercero con la única esperanza de los laudemios y del derecho de prelación, derechos cuya indemnización no prevé el Proyecto. Éste, añade el informe, se opone no sólo a la Constitución sino a la regla de irretroactividad de las leyes, aunque el autor se apresura a advertir que aun cuando las medidas no fueren retroactivas seguirían siendo una fuente de males para Cataluña. «El espíritu que domina en el proyecto en cuestión es que se subdivida la propiedad todo lo posible, y el artículo espresado lejos de favorecer este principio lo dificultaría», puesto que los propietarios preferirán vender a dar en enfiteusis sus fincas «cuyo valor cobrará no cuando él lo necesite, sino cuando le acomode al enfiteuta, y porque se teme con sobrada razón, admitida esta ley mañana se promulgará otra en que se autorice la redención de los censos con papel del Estado ó con otra indemnización nominal»<sup>641</sup>. Aun cuando se contrate un censo enfiteútico, la entrada será mucho más elevada, lo mismo que el censo, con lo que se impedirá el acceso a la propiedad territorial a las clases menos adineradas. Incluso se llega a sugerir que se producirán desórdenes públicos cuando los proletarios sean conscientes de su imposibilidad de llegar a obtener la propiedad de las tierras y «aspiren á obtenerlas por otros que les pueden sugerir las ideas que cunden en un Estado vecino y que por desgracia empiezan á germinar entre nosotros».

La alternativa a la regulación del censo enfiteútico propuesta por Casanova y de Mir consiste en proponer la irretroactividad del Proyecto para los existentes y, para los futuros, que la fórmula del Proyecto sea una opción a la que deberán sujetarse expresamente las partes, quienes podrán optar por las normas de la regulación tradicional catalana<sup>642</sup>. Es decir, protección de las situaciones jurídicas creadas, de los derechos adquiridos y flexibilidad en la unificación de las normas a través de un sistema de opciones.

Secunda este informe la Junta provincial de agricultura de Barcelona que aunque se dedica sobre todo a censurar el sistema sucesorio coincide en la solicitud de irretroactividad de las nuevas normas del censo enfiteútico, con alusiones a la Constitución y al «sagrado» derecho de propie-

<sup>641</sup> Este temor podía estar fundado en la medida tomada por la R. C. de 17 de enero de 1805 donde se preveía que la redención de censos pudiera hacerse por medio de Vales Reales, medida recogida por SALVADOR CODERCH, P.: *La Compilación...*, o. c., pp. 28 y 29.

<sup>642</sup> «Que los contratos enfiteúticos hechos antes de la promulgación de esta ley tengan en lo sucesivo toda su fuerza y su valor. Que para los que se hagan despues de promulgado el citado Código se deje á los interesados la libertad de contratar como se ha hecho hasta ahora ó siguiendo las disposiciones consignadas en el nuevo código espresandolo en el contrato». Informe de la comisión regia de agricultura de Barcelona, cit., p. 7.

dad; sería una «notoria injusticia [...] si dando á la citada ley un efecto retroactivo, como propone el Proyecto de Código, se declarasen redimibles los censos y se variasen las demas condiciones y derechos que los dueños de las fincas se reservaron». El artículo 1563 conculca el principio de irretroactividad de las leyes y «se rasga el artículo de la Constitución política de la Monarquía, en que se previene que ningun español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad comun previa la correspondiente indemnizacion, pues no sería otra cosa obligar al que se constituyó una renta perpetua y segura dando á censo sus propiedades obligarle á venderla, cuando se le antojase al que los había adquirido sin desembolsar el capital, pero con la condicion de no poder redimir el censo sin el asentimiento del que se reservaba este derecho»<sup>643</sup>.

Las consecuencias de la desaparición del censo enfiteútico, junto con el nuevo sistema sucesorio, serán nefastas para la economía catalana, para la moral social e incluso, según la Sociedad de agricultura de la Comarca de Gerona, «llegaríamos insensiblemente al Socialismo y despues á su hermano gemelo el Pauperismo, que es la peor plaga de la Sociedad Europea»<sup>644</sup>.

El IACSI en su segundo informe<sup>645</sup> también se ocupa de la reforma de la enfiteusis. Sus observaciones están presididas por el principio «de que en ningún caso debe darse á las leyes efecto retroactivo». La facultad de dirimir en todo caso que establece el artículo 1563 no cuadra, a juicio del Instituto, con la naturaleza del contrato enfiteútico. En este contrato el censo es «la propiedad misma, convertida en prestacion anual dineraria ó fructuaria. Por consecuencia, el dueño del censo, que lo fuera antes de la finca enfiteútica, debe quedar y queda revestido de las mismas facultades con respecto al censo, que las que tenía sobre la finca transformada en aquel». Por lo tanto «como á nadie puede obligarsele á vender una finca cualquiera contra su voluntad, asi tampoco á nadie puede obligarse á que admita una reduccion, pues estaríamos en el caso de una expropiacion forzosa, no autorizada por la ley». En definitiva, «la justicia resiste, pues, que se autorize (*sic*) la redencion no siendo por convenio libre y espontaneo del señor directo y el enfiteuta»<sup>646</sup>.

La segunda objeción que plantea el Instituto en esta materia se refiere a la cuantía de la redención para el caso de no conocerse el capital de la imposición, que será del 3 por 100 respecto de la pensión. La medida provocará que, por ejemplo, con tres vasos de agua, se pierda el dominio directo, lo cual es una manifiesta injusticia. La ley debería «permitir la redencion mediante recíproco convenio libre y espontaneo de los interesados. Pero en este caso, Señora, tampoco debería verificarse con arreglo al proyecto presentado por la Comision, porque el respecto debido á la

---

<sup>643</sup> Informe de la Junta provincial de agricultura de Barcelona fechado el 18 de mayo de 1852, cit., p. 13.

<sup>644</sup> Informe de la Sociedad de agricultura de la Comarca de Gerona, cit., p. 3.

<sup>645</sup> Informe enviado por el IACSI fechado el 27 de junio de 1852, cit., pp. 10 ss.

<sup>646</sup> *Ibidem*, pp. 10 a 11.



propiedad y derechos legítimamente adquiridos aconseja y prescribe que se establezcan reglas justas para realizar cumplidamente la indemnización debida al señor directo por razón de su señoría, calificándolo y estimándolo por su importancia y genuina significación»<sup>647</sup>.

En cuanto a la cuantía del laudemio, que se reduce al 2 por 100 del precio como máximo, «constituye un nuevo y alarmante ataque contra el sagrado derecho de la propiedad [...] la rebaja propuesta daría el infalible resultado de que nunca vendría el caso de percibir el señor directo un solo laudemio; por ser muy notorio que, pudiendo el enfiteuta redimir á la sola razón del tres por ciento, bastaría añadir uno por ciento para conseguir la completa absolución del gravamen dominical en todos sus efectos»<sup>648</sup>.

En conclusión:

«Queda pues sentado que las disposiciones contenidas en el Código no solamente autorizan una porción de actos que repugnan á la mas evidente justicia, sino que tambien dejan sin efecto, y destruyen un contrato al que debe el pais su prosperidad». El Instituto no comparte las ideas de quienes lo consideran una traba para la libre circulación de las fincas, cuestión en la que declara no querer entrar. Simplemente asegura que el contrato enfiteutico es el único que permite que se cultiven grandes extensiones de terreno. Su pretensión se refiere concretamente a la protección de los derechos adquiridos: «conseguir que los contratos ecstistentes sean debidamente respetados, y sus derechos, justa y oportunamente creados, obtengan la garantía de su inviolabilidad entre las disposiciones del nuevo Código Civil»<sup>649</sup>.

Esta es la oposición a la desaparición del censo enfiteutico y, sobre todo, a la regulación retroactiva de los existentes. La crítica está protagonizada por los dueños directos y se concreta, por una parte, en la censura de la adopción de un laudemio excesivamente reducido para la entrada y canon que se pagan habitualmente, y, por otra, en la injusticia de la computación del valor de la finca a la hora de redimirla. Pero fundamentalmente rechazan la eficacia retroactiva de las normas, necesaria por otra parte para resolver los conflictos ya planteados. La regulación del Proyecto resultó desacertada principalmente por no tener en cuenta las especialidades de la enfiteusis catalana, una de las más extendidas; en palabras de Salvador Coderch, en este punto el Proyecto presentaba un «unitarismo ignorante»<sup>650</sup>.

#### 4.3 EL CONFLICTO DE LA *RABASSA MORTA*

Otro de los conflictos que el Proyecto trata de resolver a propósito de los censos es el surgido unas décadas antes alrededor de una especialidad

<sup>647</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>648</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>649</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>650</sup> SALVADOR CODERCH, P.: *La Compilación...*, o. c., p. 53.

de censos temporales, el censo otorgado para las primeras cepas, llamado en Cataluña *rabassa morta*. El conflicto se centraba en la determinación de su duración y en relación con ésta en la prueba de los requisitos previstos para fijarla. El establecimiento a primeras cepas consistía en la cesión de unas tierras por el dueño directo al dueño útil, enfiteuta o *rabassaire*, por el tiempo que viviesen las primeras cepas, mejor dicho, hasta que perecieran dos terceras partes. La práctica de los renuevos en las vides hacía incierta la duración del censo, con lo que se multiplicaban los pleitos. Desde Cataluña se pedía en los años anteriores al Proyecto la promulgación de una ley que fijara un plazo más concreto. Para ello, el Gobierno central había solicitado los informes de la Audiencia de Barcelona, del T. S. y el de los fiscales de este último. Las respuestas fueron dispares, pero en rasgos generales las de la Audiencia de Barcelona y fiscales del T. S. eran favorables a los *rabassaires* mientras que el T. S. favorecía a los propietarios<sup>651</sup>.

Así las cosas, se llegó a la publicación del Proyecto de Código Civil de 1851, favorable a los propietarios, al establecer un plazo determinado, si bien alargado en diez años respecto de lo solicitado por los dueños directos. Como era lógico, la protesta vino en esta ocasión de parte de los dueños útiles o *rabassaires* quienes se agruparon para elevar un informe multitudinariamente firmado y posiblemente escrito por un antiguo miembro de la primera sección civil encargada de la redacción del Proyecto, Domingo Vila.

#### 4.3.1 La protesta de los enfiteutas a primeras cepas de 24 de diciembre de 1851

De especial valor es la exposición de enfiteutas a primeras cepas de la provincia de Barcelona, de 24 de diciembre de 1851<sup>652</sup> ya que constituye la única versión de otro sector social diferente de la clase propietaria que llegó hasta la Comisión codificadora. La protesta de los enfiteutas tuvo como primera consecuencia la réplica de los propietarios quienes contrataron con informes en los que se apoya, con ciertos matices, la regulación del Proyecto y se trata de desacreditar la exposición de los enfiteutas.

El informe de los *rabassaires* o censualistas a primeras cepas se dedica a analizar los inconvenientes que surgirían de la aplicación de la regla novena del artículo 1563, que establece:

«El contrato en cuya virtud el dueño del suelo ha cedido su uso para plantar viñas, y por el tiempo que viviere en las primeras cepas, fenece de derecho á los sesenta años, si no se ha estipulado lo contrario, bien se conserven las primitivas en todo ó en parte, ó bien se hayan plantado otras.»

---

<sup>651</sup> Sobre los antecedentes del conflicto, SALVADOR CODERCH, P: *La Compilación...*, o. c., pp. 53 ss. Sobre su papel en la economía catalana anterior al Proyecto, VILAR, P: *Cataluña en la España...*, o. c., pp., 459 ss.

<sup>652</sup> ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 4 bis.

Comienzan los *rabassaires* como es ya habitual y en lo que coinciden con sus oponentes, los dueños directos, en atribuir al censo enfiteutico el auge de la agricultura catalana. Dentro de éste se encuentra como una subespecialidad el establecimiento a primeras cepas o *rabassa morta* —siempre se refieren al censo a través del contrato del que surge— y que se diferencia de la enfiteusis por su duración limitada, concretamente por la vida de las primeras cepas plantadas en el terreno cedido, criterio que hace incierta su duración. Por otra parte, se alargaba la existencia de las cepas en el caso de existir la facultad o el deber, según las distintas posturas, de hacer renovos bien «soterrando las cepas primitivas para que sus sarmientos sean el origen y la vida de otras nuevas, ora dejándose en pie aquellas y fijando en el suelo solamente alguno de sus sarmientos, que es lo que en el país se conoce con el nombre de *colgats* y *capficats*»<sup>653</sup>. Esta facultad constituye uno de los puntos en que divergen propietarios y enfiteutas. Los segundos consideran que se trata de un «deber», una obligación que se entiende incluida siempre en la impuesta al enfiteuta de cultivar la tierra «á uso y costumbre de buen labrador»<sup>654</sup>. Planteada la cuestión, el informe pasa a analizar el artículo 1563.9, en el que encuentra varios puntos de desacuerdo.

La primera objeción a la regla novena se refiere a la calificación jurídica del derecho que se le concede al enfiteuta. Mientras que el Proyecto habla de un derecho de uso del terreno para plantar, los enfiteutas lo califican de dominio útil. La diferencia es sustancial, pues en el primer caso se asemeja a un arrendamiento, mientras que el segundo amplía considerablemente las facultades del *rabassaire*, no sólo las de uso y disfrute sino facultades dispositivas.

La principal objeción, como era lógico, se refiere a la duración prevista en el Proyecto. En éste se limita la duración, aun si se conservan las cepas en todo o en parte, a sesenta años, lo cual es calificado de contrario a la naturaleza del contrato, pues «su consistencia no es por un determinado número de años, sino por mientras se conserven las primeras cepas [...] de modo que por la larga vida de ellas y por la mayor que se dá al viñedo con el uso de la facultad de hacer los esplicados renovos, su duracion ha de considerarse *casi perpetua*»<sup>655</sup>. La conclusión no puede ser más distinta a la de los propietarios o dueños directos; es más, niegan el argumento principal de estos últimos al negar la existencia de una jurisprudencia que limite estos contratos a un determinado

<sup>653</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>654</sup> En cualquier caso, los propios enfiteutas utilizan una terminología que aumenta la confusión: «La ecsitencia de las cepas es mas duradera todavía si se impone al enfiteuta la facultad ó el deber de hacer renovos [...] Semejante deber ha de entenderse siempre impuesto al enfiteuta en la condicion que se consigna en la escritura de que haya de cultivar la tierra á uso y costumbre de buen labrador, puesto que sin el medio de sustituir con los renovos las cepas que se van muriendo, no es posible que el terrateniente cumpla con aquella obligacion y la viña desapareciera quizás á los diez primeros años de su plantacion». *Ibidem*, p. 2.

<sup>655</sup> *Ibidem*, p. 3. La cursiva es nuestra.

período de años, argumento en que se apoyará el «contrainforme» de los dueños directos<sup>656</sup>.

La segunda discrepancia respecto al artículo 1563.9 se refiere a su carácter retroactivo, como excepción a la regla general del artículo 3:

«sancionándose la dicha regla se vulneran los intereses de muchas familias, se defraudan esperanzas fundadas en contratos celebrados de buena fé, se altera la naturaleza de los mismos y la intencion que tuvieron las partes al otorgarlos, al paso que se irrojan perjuicios de grande cuantía á los que han empleado sus sudores y caudales en la plantacion y cultivo de los viñedos con la confianza de que les sería dable beneficiarlos por todo el tiempo que fuesen productivas las cepas»<sup>657</sup>.

La exposición vuelve al punto de la duración de la *rabassa morta*: «La intencion de los contratantes al otorgar estos establecimientos fue sin género de duda la de darles una duracion ilimitada, y aun de perpetuidad», perpetuidad que beneficia tanto al propietario, pues cobra un canon sin tener que soportar los dispendios del cultivo, como al *rabassaire*, pues contaba sin tener que desembolsar una cantidad inicial excesiva con el dominio útil de un terreno cuyo cultivo es su medio de vida. Quien no consideraba la duración ilimitada una ventaja fijaba el número de años «y estipulaban además en algunos puntos la condicion de que finido el plazo debiesen quedar las cepas para el dueño directo, consignando así su convencimiento de que las mismas no mueren á los 60, 80, ni aun á los 100 años»<sup>658</sup>.

En realidad, confunden las viñas con las cepas. Por tanto, limitar por la ley su duración a los sesenta años es para ellos destruir esos contratos, lo cual además de contrariar la voluntad de las partes contratantes supondrá la ruina de la clase trabajadora:

«Millares de familias que poseyendo algunas porciones de terreno á primeras cepas son consideradas en la clase de propietarias de segundo orden [...] quedarían en un momento reducidas á la calidad de simples proletarios, no teniendo otro recurso para su mantenimiento que el de ganarlo com meros jornaleros. Habrían de borrarse de las listas electorales las personas que figuran en ellas en mayor número [...] La Hacienda pública esperimentaria un notable déficit en su ingresos [...] los terrenos volverían á su primer estado de esterilidad y abandono»<sup>659</sup>.

---

<sup>656</sup> «Las consultas elevadas al Supremo Consejo en los años 1803, 1818 y 1819 por el entonces Real Acuerdo, el espediente que sobre el particular ya se instruyera en 1778, los fallos contradictorios de los Tribunales, la admision de pruebas en los juicios sobre si se conservan las cepas primitivas ó han desaparecido las dos terceras partes, y la estipulacion de un término mucho mayor y casi doble al que se fija por los sostenedores de un derecho consuetudinario en los establecimientos que llevan una duracion determinada; todo persuade la inexistencia del referido derecho, y que la prolongacion de estos enfiteusis ha sido incierta hasta ahora y dependiente de la mas ó menos duracion de las cepas». *Ibidem*, p. 4.

<sup>657</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>658</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>659</sup> *Ibidem*, pp. 5 a 6.

En especial, se resentirá Cataluña, pues la mayor parte de su riqueza agrícola radica en los viñedos, en su mayoría cultivados por medio de la *rabassa morta*.

Los *rabassaires* proponen una alternativa que a su juicio respeta la voluntad de las partes y armoniza los intereses de unos y de otros: «En opinion de los esponentes, el nuevo Código Civil ha de convertir en perpetuos los establecimientos á primeras cepas otorgados con anterioridad á su publicacion, obligando á los enfiteutas á compensar á los dueños mediante el pago por terceras partes de una indemnizacion proporcionada á la calidad y circunstancias de los terrenos, la esperanza eventual que alimentan ahora de recobrar despues de muchos años el que cedieron á primeras cepas»<sup>660</sup>.

Los enfiteutas afirman que esta pretensión ya había sido elevada por las Diputaciones Provinciales de Barcelona y Tarragona en 1837 así como en la exposición de varios diputados catalanes en ese mismo año, cosa no del todo exacta, puesto que estas tres exposiciones lo que solicitaron fue la elaboración de una ley que determinara la duración del contrato de *rabassa morta* y sólo su petición de la suspensión de los pleitos pendientes equivalía a cierta perpetuidad de hecho<sup>661</sup>.

Para el caso de no aceptarse la norma alternativa, los enfiteutas de modo subsidiario solicitan que se fije «para lo sucesivo la duracion de los establecimientos á primeras cepas por un tiempo muy superior al de sesenta años que señala la regla 9.<sup>a</sup> y mas proporcional á la larga vida de las cepas y á la intencion de las partes contratantes al constituirlos; y que este periodo no comienza á discurrir para los ya constituidos sino desde el día de la promulgacion del nuevo Código Civil»<sup>662</sup>. La primera parte se considera más ajustada a la naturaleza de la *rabassa* y a la voluntad de las partes; con la segunda «no se daría efecto retroactivo á la nueva ley ni se irrogaría á millares de enfiteutas, cuyos establecimientos datan ya de un periodo mayor de sesenta años el perjuicio de que se vean desposeidos en la fecha de la publicacion del Código de las tierras [...] Estos enfiteutas preveerian el término de su posesion, y en el entretanto pudiesen adquirirse otros medios de subsistencia para no quedar reducidos á la mendicidad en la época del cumplimiento del plazo»<sup>663</sup>.

Su petición se resume en las siguientes líneas:

«que la regla 9.<sup>a</sup> del artículo 1563 del nuevo proyecto del Código Civil sea redactada de manera que sancione la conversion en perpetuos, mediante una indemnizacion proporcionada y pagadera por el enfiteuta al dueño directo de los establecimientos á primeras cepas constituídos antes de la publicacion del mismo Código; ó cuando menos declare que el término de su duracion para lo sucesivo haya de ser el de un

<sup>660</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>661</sup> Recoge las peticiones de las Diputaciones y de los diputados catalanes SALVADOR CODERCH, P.: *La Compilación...*, o. c., pp. 56 a 58.

<sup>662</sup> Exposición de enfiteutas a primeras cepas, de 24 de diciembre de 1851, cit., p. 9.

<sup>663</sup> *Ibidem*, pp. 9 a 10.

periodo muy superior y aun mas que doblado, al de los sesenta años fijados por la regla 9.<sup>a</sup>, añadiéndose que el propio no comienza á discurrir hasta la fecha de la publicacion de la nueva ley respecto de los enfiteusis de creacion anterior»<sup>664</sup>.

#### 4.3.2 La réplica de los dueños directos. El informe «imparcial» del IACSI

La noticia del informe de los enfiteutas tuvo una respuesta fulminante por parte de la clase propietaria, plasmada en una exposición fechada el mismo 24 de diciembre de 1851. Ante la noticia de la exposición de los *rabassaires* reaccionan alertando acerca de la movilización de éstos, entre los que han detectado no ya «instintos de usurpación» sino que éstos se han generalizado en «síntomas de carácter maligno». Pero la exposición de los dueños directos contiene fundamentalmente varias peticiones para mejorar la disposición 1563.9, que, en líneas generales, aprueban.

La exposición<sup>665</sup> se dedica a esta disposición, en la que encuentra algunos fallos. Los propietarios se lamentan de que las viñas, por medio de los mugrones y renuevos, se eternizan, mientras que la vida natural de una *cepa* es de una treintena de años; para este período de años, es decir, para la vida de las primeras cepas, se concede el establecimiento a *rabassa morta*. Por el contrario, la regla novena del artículo 1563, que además deberá aplicarse a los censos ya existentes, establece que el contrato terminará a los sesenta años si no se ha estipulado lo contrario, bien se conserven las primeras viñas en todo o en parte o bien se hayan plantado otras.

En otras palabras, consideran excesivo que el plazo máximo se fije en sesenta años y no encuentran razón alguna que lo justifique «supuesto que no cabe pensar que quisiere mirar con predilección y preferencia á los enfiteutas sobre los propietarios á quienes deben en gran parte lo que han llegado á ser»<sup>666</sup>. La necesidad de definir los derechos de unos y de otros no puede ser, a su juicio, la razón de esta medida, toda vez que la Audiencia de Barcelona ha venido a formar una «jurisprudencia catalana sobre que el contrato de enfiteusis de terrenos para plantacion de viñas á raiz muerta dura cincuenta años y no mas». Esta jurisprudencia se funda en la voluntad de las partes y en el cálculo de la máxima vida probable de las cepas: «Las leyes son respetables y santas; pero lo son aun mas los pactos en su esfera; y sobre aquellas y estos se hallan las sentencias...»<sup>667</sup>. En todas ellas descansa el derecho del propietario a recuperar sus tierras pasados cincuenta años; prolongar el período de tiempo durante una década más no sería sólo dar un efecto retroactivo a la ley sino atacar la fuerza de cosa juzgada de los fallos judiciales.

<sup>664</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>665</sup> Exposición de varios propietarios hacendados de Cataluña sobre *rabassa morta*, de 24 de diciembre de 1851, ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 15, documento A.

<sup>666</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>667</sup> *Ibidem*, p. 3.

La primera petición por lo tanto se concreta en reducir a cincuenta los años de duración del establecimiento a *rabassa morta* tanto para las concesiones ya establecidas como para las futuras. Aunque este plazo rige sólo salvo pacto en contrario, de hecho, si se estableciese en sesenta años, los propietarios se abstendrían de establecer este tipo de censos de los que deriva la riqueza del pueblo catalán.

Pero la reducción del plazo no es la única petición:

«Previsoria medida y muy saludable sería también el que se espresase en el código, que los cincuenta años son fatales desde el momento de la otorgación de la escritura, y que al concluir fenece el contrato de derecho y de hecho en términos de obrar la consolidación el efecto pleno de reasumir los propietarios concedentes [...] hasta la posesión misma para cuya obtención material en caso de contradicción pudiesen utilizar un interdicto sumarísimo con audiencia de los enfiteutas; pero sin forma ni figura de juicio ordinario»<sup>668</sup>.

La petición se funda en el hecho de la resistencia de los enfiteutas a abandonar las tierras una vez cumplido el tiempo del contrato a través de lo que califican como «pretextos» (por ejemplo, reteniendo las tierras mientras no se les abonen las mejoras por plantaciones de árboles).

En conexión con el interés por una liquidación de forma automática, la exposición añade una tercera petición: los firmantes creen que se ajusta a la justicia que «los árboles, vides, cepas y cuanto exista plantado ó inherente al suelo en el tiempo de finir el contrato es *ipso iure* del dueño directo á virtud de accesión y de la consolidación plena, convencional contra la que no hay razón alguna; y por ello insisten en que es indispensable en el Código Civil una adición clara y explícita en la materia que cierre la puerta á la cavilosidad y á escepciones»<sup>669</sup>.

La regla cuarta del artículo 1563<sup>670</sup> es también objeto de comentario. Entienden los exponentes que se refiere únicamente a los censos perpetuos o irredimibles, pero sería de desear que quedase más claro, pues temen que los enfiteutas utilicen dicha regla «para empeñar la cuestión de que mientras paguen la parte de frutos correspondiente al dueño directo no podrán ser inquietados en la posesión de las viñas, pretendiendo así convertir el perpetuo su dominio útil, esencialmente temporal»<sup>671</sup>.

Una última aclaración se refiere a la redención de los censos. La prevista en el artículo 1548<sup>672</sup> debe entenderse también limitado a los censos irredimibles o perpetuos, pues temen que los enfiteutas «se propondrían

<sup>668</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>669</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>670</sup> Artículo 1563.4.º: «Mientras los terratenientes satisfagan el cánon ó pensión, y demas gravámenes que hasta ahora vengán pagando, no podrán ser inquietados en el goce de las fincas afectas á su pago».

<sup>671</sup> Exp. de varios propietarios..., cit., p. 8.

<sup>672</sup> Artículo 1548: «Todos los censos son redimibles, aunque se pacte lo contrario. Esta disposición es aplicable á los censos existentes».

esplotarlo pretendiendo hacerlo extensivo á los temporales de los enfiteusis de á raíz muerta».

Su petición se resume en sus últimas líneas:

«que en Código Civil se fije á cincuenta años fatales desde la otorgacion de las escrituras el término de la duracion de las enfiteusis á *rabassa morta*, ó sea á primera raíz muerta; que transcurrido aquel término fine el contrato de hecho, y de derecho, reasumiendo los dueños el dominio útil y la posesion sin escepcion alguna que pueda diferirla, y que los censos temporales, naturales en este contrato, son irredimibles; añadiendo aquellas otras disposiciones y aclaraciones saludables, que salven la propiedad y eviten pleitos, que son la peste de los pueblos»<sup>673</sup>.

Completa esta exposición otra suscrita por alrededor de cuarenta propietarios residentes en Cataluña<sup>674</sup>. Los firmantes apoyan la regla novena del artículo 1563 y piden su sanción, eso sí, con una «modificación» que nace de «la índole del contrato y del estudio práctico de su aplicacion...»<sup>675</sup>. Tras una comparación entre el contrato enfiteútico y el que establece la *rabassa morta* (como en el resto de los informes se refieren a los contratos y no a los derechos reales de censo que nacen o se transmiten por ellos) queda claro que la diferencia esencial radica en la temporalidad del establecimiento a primeras cepas, de forma que el derecho del *rabassaire* existe mientras lo hacen las primeras cepas, y al morir éstas recobra el establecimiento la plena propiedad del terreno. Junto a su carácter esencialmente temporal, en la *rabassa morta* queda fijada de antemano la producción a la que se va a dedicar el suelo.

Como en el informe anterior, insisten en que la configuración de esta variedad de enfiteusis ha sido obra de «la jurisprudencia consuetudinaria» creada por la Real Audiencia de Barcelona. Y ha sido ésta la que ha resuelto varias cuestiones: la de los renuevos de las cepas, facultad que se considera «como un favor al enfiteuta y como una idea de buen cultivo» pero que en absoluto puede originar la idea de una larga duración y menos la de perpetuidad. La importancia de esta cuestión se explica por el interés de los enfiteutas en confundir las cepas producto de los renuevos con las cepas originalmente plantadas. A este respecto, la indicada jurisprudencia establece, siempre a juicio de los firmantes, pues los enfiteutas niegan la existencia de tal jurisprudencia, «que es lícito al enfiteuta como medio de buen cultivo hacer mogrones ó renuevos»<sup>676</sup>. La jurisprudencia se pronuncia respecto a otros dos puntos, ambos referidos a la duración de la *rabassa*: por una parte, las primeras cepas se estiman duraderas por

<sup>673</sup> Exp. de varios propietarios..., cit., p. 11. Firman entre otros Isidoro de Angulo y Ramón Casanova.

<sup>674</sup> Exposición sin fecha de propietarios de Cataluña sobre *rabassa morta*. ACGC, sección civil, legajo 14, carpeta 5, documento B. Viene numerada como si fuese continuación del documento A, ya visto, pp. 14 a 25.

<sup>675</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>676</sup> *Ibidem*, p. 17.



el término de cincuenta años, pasados los cuales el contrato termina; en tercer lugar, si antes del transcurso de los cincuenta años quedaran infructíferas las dos terceras partes de las cepas, se entiende asimismo concluido el tiempo del contrato.

Mientras los enfiteutas no admiten la existencia de esta jurisprudencia, los propietarios que suscriben el informe aseguran que conforme a estas directrices «se han resuelto cuantas dudas y pleitos se han promovido desde muy antiguo hasta el presente sobre el contrato de *rabassa morta*»<sup>677</sup>. Sin que sea éste el lugar apropiado para comprobar cuál de las dos partes enfrentadas se aproxima más a la realidad, lo cierto es que una jurisprudencia tan constante no concuerda con la existencia de un prolongado conflicto como el que se trata. Insisten los propietarios al asegurar que los pleitos promovidos en los últimos años han versado sobre la demostración de la existencia o no de las dos terceras partes de las cepas, proporción necesaria para la subsistencia del contrato.

El contenido del derecho del *rabassaire* y el del propietario son puntos que también deben quedar definidos. El primero responde de «casi todos los daños», de no mediar pacto en contra puede hacer en las viñas «cuanto le acomoda y abandona la tierra cuando le place»; a cambio debe pagar una parte de los frutos o un canon en dinero. El propietario se compromete a no apoderarse de la tierra hasta el abandono del *rabassaire*, abandono que es libre. Del conjunto de derechos y obligaciones de ambas partes deduce el informe el interés común en la temporalidad del contrato. Transcurridos los cincuenta años el *rabassaire* deja de tener que cultivar unas viñas que quizá no sean tan productivas, mientras que el propietario puede replantar el destino de sus terrenos según las circunstancias.

Vuelven a la cuestión de la duración de las primeras cepas, fijada en unos plazos sensiblemente inferiores a los asegurados por los *rabassaires*, pues mientras los segundos oscilan entre los sesenta y cien años (se refieren probablemente a las viñas), los primeros afirman que aun cuando se permitan los renuevos y se cultive según los usos y costumbres de un buen labrador, vivirán unos veinte años y a lo sumo se extenderá el plazo hasta los cincuenta.

El Proyecto de Código Civil alarga el plazo hasta los sesenta años. Esta «prórroga» es considerada como una concesión a los *rabassaires* «porque con tal número de años saben estos que se sustraen á la ley impuesta en el contrato mismo, de que faltando todas ó las dos terceras partes de las primeras cepas quedaba aquel finido»<sup>678</sup>.

En cuanto a la pretensión de considerar perpetuos los establecimientos a *rabassa morta* existentes en el momento en que se publique el Proyecto, se considera como una interpretación errónea de éste, pues contraería la voluntad de las partes y la jurisprudencia. «Nunca han abrigado la

<sup>677</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>678</sup> *Ibidem*, p. 20.

menor idea los enfiteotas de gozar perpetuamente de la tierra establecida» y en cuanto al propietario, aun cuando existiese indemnización, vería «mutilada» su propiedad y «sería condenado sin ser oído».

La noticia de la movilización de los *rabassaires* y enfiteutas lleva finalmente a los firmantes a un intento de desacreditación:

«los enfiteotas se agitan en todos sentidos, que tratan de adquirir derechos que nunca han tenido y con perjuicio de los de los dueños directos y para conseguir su objeto, se tiene entendido que elevan hasta el trono de V. M. esposiciones en que se desfigura la naturaleza verdadera del contrato establecimiento á *rabassa morta* bien fijada y deslindada por la voluntad de los contrayentes, por una costumbre uniforme y una serie de sentencias [...] A mas se tiene entendido que han recogido muchas firmas, de las cuales unas parecen repetidas, y otras son de enfiteotas á quienes recientemente se han cedido terrenos, y otras de personas que nunca han tenido establecimiento enfiteutico. Su objeto, pues, tiende á abultar mas de lo que hay en realidad»<sup>679</sup>.

Su petición se resume en solicitar la sanción de la regla novena del artículo 1563, pero con las modificaciones necesarias para adecuarla a la jurisprudencia existente:

«1.º que sea lícito al enfiteota solo como un medio de conservación y buen cultivo hacer *mogrones ó renuevos* (vulgarmente *culgats y capficats*); 2.º que la primera cepa se estime duradera unicamente como aquí, por el término de cincuenta años, finidos los cuales acaba el contrato de *Rabassa morta*; 3.º que si antes de este plazo quedan infructíferas dos terceras partes de cepas, queda así mismo finido el contrato, pues toda otra pretension no estaria basada ni en la costumbre, ni en la justicia, ni en lo que prescribe el sagrado derecho de propiedad»<sup>680</sup>.

El tercer informe que se pronuncia acerca del conflicto es el tantas veces citado de Casanova y de Mir. Su informe se centra en la sucesión y la enfiteusis, pero también dedica alguna atención a la regulación de la *rabassa morta*. Esta última es objeto de alabanza aunque sugiere que la limitación de la duración del contrato a sesenta años sea en defecto de pacto entre las partes, ya que «las leyes deben amparar los intereses de la sociedad, pero si se quiere que este amparo restrinja demasiado las facultades é intereses individuales se convierte en un manto que lejos de abrigar, agobia»<sup>681</sup>. El comisario regio de agricultura de Barcelona justifica su petición en los casos en que el censo a primeras cepas tiene por objeto en lugar de viñas, olivos, con una vida mucho más larga<sup>682</sup>. En este informe

<sup>679</sup> *Ibidem*, pp. 23 y 24.

<sup>680</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>681</sup> Exposición del comisario regio de agricultura de la provincia de Barcelona, cit., p. 7.

<sup>682</sup> «El no haber una ley que fijara la duracion que debian tener estos contratos tan comunes en estas provincias daba lugar á mil disensiones y pleitos pero creo que el fijar la

se pide principalmente la libertad de pacto, tanto para reducirlo como para ampliarlo. Concretamente, la petición consiste en «que para los contratos á primeras cepas se deje á los contrayentes la libertad de fijar el tiempo de su duracion y en caso contrario que sea este de sesenta años»<sup>683</sup>.

En términos parecidos a los informes anteriores se pronuncia la Junta provincial de agricultura de Barcelona, quien se dedica fundamentalmente a censurar la protesta de los *rabassaires* o enfiteutas a primeras cepas; éstos, a su juicio, lejos de resultar perjudicados se benefician de la ampliación del contrato por diez años<sup>684</sup>.

Ante la emisión de informes de una y otra parte implicada, y la diversidad de peticiones, emite un dictamen el IACSI «sobre las exposiciones que al Gobierno de S. M. elevan en diferentes sentidos varios enfiteutas ó aparceros y distintos propietarios, sobre la regla 9.<sup>a</sup>, artículo 1563 del proyecto de Código Civil, referente á los establecimientos á primeras cepas»<sup>685</sup>. El Instituto promete «imparcialidad [...] porque el objeto del Instituto no consiste en el interés exclusivo de la clase propietaria. Afortunadamente, los intereses de los propietarios de las tierras y de los enfiteutas á primeras cepas coinciden en el punto de que se trata, y el desacuerdo no empieza hasta que surgen las exigencias inconsideradas de las segundas...»<sup>686</sup>.

El informe advierte que si se acogen las peticiones de los *rabassaires* lo que se conseguirá es que dejen de constituirse censos a primeras cepas «desapareciendo en consecuencia para la clase jornalera el medio fácil de adquirir una especie de propiedad, que no por ser temporal deja de influir en la consideracion de la misma clase y en arraigar en su seno los hábitos de su industria, orden y perseverancia»<sup>687</sup>.

Las sugerencias del IACSI son varias. En primer lugar, considera que la medida no puede tener efectos retroactivos<sup>688</sup>, pues así se consigna en el artículo 3 del Proyecto, y porque «es lo justo en todos los casos que el término que para la duracion de tales contratos se fije se entienda unicamente con aquellos que por pacto expreso no la tuvieran determinada»<sup>689</sup>. Ésta es ya una segunda petición, similar a la solicitada por el comisario regio de agricultura de Barcelona: la libertad de contratar.

---

duracion á sesenta años debería ser unicamente preservativa para el caso que en el contrato no se hubiere determinado el plazo, pues convendría dejar á la libertad de los contrayentes fijar su duracion, pues si algunas viñas han dejado de existir á los sesenta años, otras pueden durar mucho mas y porque algunas veces se estipula que en las viñas se planten olivos y sabido es que este árbol vive muchos años mas que la vid, y entonces es interés mutuo del propietario y del enfiteuta que el contrato dure por mas espacio de tiempo.» Informe de la Comisión regia de agricultura de la provincia de Barcelona, cit., pp. 6 y 7.

<sup>683</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>684</sup> Exp. fechada el 1 de marzo de 1852, cit., p. 9.

<sup>685</sup> Informe de la Comisión directiva del IACSI, fechado el 19 de abril de 1852, sección civil, legajo 13, carpeta 10, p. 19, aunque es la primera del informe.

<sup>686</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>687</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>688</sup> El Instituto «no puede menos de consignar como inmutable principio de toda disposición legal el respeto debido á las condiciones de los contratos prescistentes (*sic*) á ella», *ibidem*, p. 19.

<sup>689</sup> *Ibidem*, p. 20.

Una tercera consideración acerca del plazo de los sesenta años, que quedaría por tanto como plazo subsidiario y sólo aplicable en los censos a primeras cepas futuros, se refiere a la duración de éste. A la hora de fijar el plazo, debe atenderse a la «índole del contrato». Éste debe subsistir como indica su nombre mientras vivan las primeras cepas; por tanto, «fijese para la duración máxima del primero en el mayor número de años que se conceptue que puedan vivir las segundas». Pero el problema se mantiene hasta aquí pues donde divergen los informes de las partes contratantes es precisamente en la determinación de la vida media de las cepas. El IACSI considera que «serán rarísimas las viñas de nuestro país cuyas dos terceras partes de cepas cuenten más de 40 ó 50 años de existencia.»

Opinan, por tanto, como los propietarios y lógicamente comparten la conclusión: «Con fijar pues por regla general el número de 60 años como *maximum* de la duración del contrato es indudable que no se afectará el justo interés de ningún enfiteuta»<sup>690</sup>. Pero además deberá preverse que si las dos terceras partes de las cepas han muerto antes de que transcurra dicho plazo, también se extinga el contrato. Es decir, antes de los sesenta años, el dueño directo puede demostrar que los dos tercios de las cepas han muerto y por tanto que ha terminado el contrato; transcurridos los sesenta años la extinción es automática: «esta sería en concepto del Instituto la disposición más propia para salvar los derechos adquiridos y respetar los legítimos intereses creados»<sup>691</sup>.

Resulta de los informes vistos que la regla del 1563.9.º favorece de manera clara a los propietarios si bien éstos no se muestran satisfechos por la ampliación del plazo automático de cincuenta a sesenta años, única concesión que se hace a los *rabassaires*.

#### 4.4 VALORACIÓN DE LA CRÍTICA DE LOS INTERESES ECONÓMICOS

El principal dato que resulta del análisis de la reacción de los particulares ante el Proyecto de Código Civil de 1851 es el predominio de la crítica de la clase propietaria catalana. Ésta se ve amenazada en su *status* económico y por tanto social y político, razones por las que pone en marcha una serie de protestas, que dan lugar a una reacción generalizada y poderosa, aunque no unánime.

Dentro de su protesta, destaca por encima del resto el rechazo de la medida contenida en el artículo 642 del Proyecto, o, lo que es lo mismo, el establecimiento para todo el país de un sistema sucesorio basado en unas legítimas amplias, especialmente en el caso de hijos y descendientes. Dicha innovación fue combatida con una variedad de argumentos, entre los que destacan los económicos, seguidos de consideraciones

<sup>690</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>691</sup> *Ibidem*, p. 22.

sociológicas y de orden moral. Las razones políticas, o mejor dicho presiones políticas, ocupan un tercer lugar, y finalmente aparecen unos escasos argumentos jurídicos, fundamentalmente basados en «el sagrado derecho de propiedad».

Las alternativas propuestas desde Cataluña al sistema sucesorio del Proyecto oscilaron entre la incorporación de opciones, dentro de las cuales se encontraría la regulación catalana, hasta la más modesta que solicita la protección de los derechos adquiridos, pasando por la petición de protección de las esperanzas legítimas a través de disposiciones transitorias, o bien la adopción de una norma uniforme, si bien más transaccional, entre los diferentes Derechos civiles españoles.

En definitiva, trataban de solucionar un punto concreto del Proyecto con cuya solución no se mostraban conformes. No se defendía el Derecho civil catalán en su conjunto e incluso en muchos casos las alternativas ni siquiera contemplaban su conservación, bien como norma extendida a todo el territorio bien como opción dentro del futuro Código Civil. De acuerdo con esto, la censura común a los tres puntos polémicos, sistema de legítimas amplias, censo enfitéutico y *rabassa morta*, es la que se refiere a la desprotección de los derechos adquiridos, agravada en los dos últimos puntos con la retroactividad de las medidas previstas para los censos.

La regulación del censo enfitéutico fue rechazada por los dueños directos, mientras que en el caso de la *rabassa morta* éstos apoyaron una medida que les resultaba beneficiosa. Por el contrario, los censualistas no protestaron ante la regulación del censo enfitéutico sino ante la prevista para la *rabassa morta*. Los argumentos presentados por unos y otros son fundamentalmente económicos.

De lo expuesto en este apartado puede deducirse que la protesta que se originó en Cataluña estuvo marcada más por la defensa de los intereses económicos que por la de un Derecho propio al que se debe defender y conservar. En este sentido, creemos que debería matizarse el calificativo de foralista que se le atribuye a una oposición, dura e importante, de un sector económico y social tan importante como el de la clase propietaria catalana. En coherencia con lo expuesto, sería más ajustado referirse a la protesta organizada de los intereses económicos catalanes en defensa de las instituciones que les eran beneficiosas, lo que no impide que tenga una conexión o el carácter de contexto propicio para favorecer el desarrollo que posturas más rigurosamente forales.

# Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y reconocibilidad del error en los contratos<sup>1</sup>

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Departamento de Derecho Civil. Universitat de València

SUMARIO: I. *Excusabilidad del error y seguridad jurídica en la contratación.*— II. *Los principios de autorresponsabilidad y de buena fe como fundamento de la excusabilidad.*—III. *La reconocibilidad del error en la doctrina científica española.*—IV. *Concepto y función de la reconocibilidad (estudio del art. 1431 del Código Civil italiano).*—V. *Juicio crítico acerca de la posibilidad de recepción del requisito de la reconocibilidad en el Derecho español.*—VI. *Bibliografía.*

## I. EXCUSABILIDAD DEL ERROR Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONTRATACIÓN

El Código Civil no exige la excusabilidad del error sino exclusivamente su carácter esencial, requisito este último que, conforme al tenor del artículo 1266, el Tribunal Supremo aprecia en sentido subjetivo, considerando esencial el error recayente sobre las circunstancias impulsoras o determinantes del consentimiento de los contratantes<sup>2</sup>. Sin embargo,

---

<sup>1</sup> Este trabajo se corresponde a la Ponencia que tuve ocasión de exponer el 1 de febrero de 1996 en el Seminario de Derecho Privado, que, bajo la dirección del Prof. Dr. V. L. Montés, y la coordinación del Prof. Dr. L. Prats Albentosa, se celebra en la Universitat de València.

<sup>2</sup> Como afirma la STS de 14 de junio de 1943, «el Código español, más que cualquiera otro, da relieve al elemento subjetivo en la apreciación del error, pues al remitirse, en el artículo 1266, a las condiciones de la cosa “que principalmente hubiesen dado motivo para celebrar el contrato”, bien claramente enseña que la justificación del carácter esencial del error ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto» (*J. Civ.*, segunda serie, t. III, mayo-septiembre 1943, p. 406). Confirman esta interpretación subjetivista del artículo 1266 del Código Civil, entre otras, las siguientes sentencias: STS de 5 de marzo de 1960, *J. Civ.*, 1960, marzo, pp. 118-119; STS de 14 de mayo de 1968, *J. Civ.*, 1968, mayo, pp. 361-362; STS de 4 de enero de 1982, *J. Civ.*, 1982, enero-febrero, p. 54; STS de 14 de febrero de 1994, *J. Civ.*, 1994, primer trimestre, p. 510.

según la jurisprudencia, el error padecido en la formación del contrato, para ser invalidante, además de ser esencial, ha de ser excusable<sup>3</sup>, por lo

---

<sup>3</sup> Que yo sepa, una de las primeras sentencias en que el Tribunal Supremo ha acogido la noción de «excusabilidad», si bien no emplea tal término expresamente, es la de 15 de enero de 1910, *J. Civ.*, t. 117, enero-abril, p. 69. El supuesto de hecho era el siguiente: resuelto un contrato de arrendamiento de minas, los arrendatarios, ante la reclamación por parte del arrendador de diversas cantidades adeudadas (entre ellas, las rentas vencidas y no satisfechas), se opusieron al pago, y reconvinieron la anulación del contrato, alegando la existencia de error, al no ser posible la explotación, por inexistencia y agotamiento absoluto del mineral de hierro en las minas arrendadas. La demanda reconvencional fue desestimada en las dos instancias e, interpuesto recurso de casación por los arrendatarios, en el que se invocaba, como primer motivo, infracción, por interpretación errónea, de los artículos 1261, 1262, 1265 y 1266 del Código Civil, el Tribunal Supremo desestimó dicho motivo, considerando que el arrendamiento de minas se había hecho sobre la base de un cálculo más o menos acertado acerca de la potencialidad productiva de las minas, «pero sin hacer depender de esta cálculo la validez y subsistencia del contrato». Y añadió: «el error o la equivocación que pueda cometerse en los cálculos de un negocio no implica en ningún aspecto el error en el consentimiento a que se refiere fundamentalmente el artículo 1265 del Código y mucho menos cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio, y es éste, por su naturaleza, verdaderamente aleatorio». Se aprecia, por lo tanto, la necesidad de desplegar una regular diligencia para alegar con éxito el error, diligencia que es más exigible por razón de los conocimientos de quien padece el vicio del consentimiento.

La STS de 23 de mayo de 1935, *J. Civ.*, t. 219, mayo-junio, pp. 158-159, a propósito de un supuesto de error obstativo, consideró la excusabilidad, como un límite a la regla de la prevalencia real sobre la declarada. El supuesto de hecho era el que, a continuación, se expone: el actor, que jugaba 5 ptas. de lotería, había recibido un resguardo, suscrito por el depositario (apoderado de una entidad bancaria), en cuya parte no impresa, por error del amanuense, se había consignado un número diferente al que efectivamente se jugaba (núm. 24630 en vez de 24642) y que resultó premiado con el «premio gordo» de Lotería de Navidad. El actor reclamaba el importe del premio a la entidad bancaria y, subsidiariamente, al depositario del número y al amanuense que había cometido el error. El juez de primera instancia desestimó la demanda y consideró probados los siguientes hechos: que el demandado había dado al actor una participación de 5 pesetas, en concepto de depositario de un número de la Lotería Nacional (y no como apoderado del Banco Popular de los Previsores del Porvenir, también demandado), suscribiendo el oportuno resguardo, que se entregó al interesado; que por error del amanuense (que manuscrió la parte no impresa del resguardo por orden del depositario) se había consignado en el documento entregado al actor el número 24630 (que dicho señor no tenía), en vez del 24642, que era el que efectivamente jugaba y que quería ceder; que «tal error fue completamente casual, involuntario y excusable por parte del demandado, sin que pudiera ser subsanado oportunamente, a causa de que apareciendo en la matriz del susodicho recibo el segundo de los números que quedan expresados, no pudo aquél darse cuenta de la equivocación». La Audiencia consideró indudable la falta de acción en el actor, al dirigir la demanda contra el amanuense y la entidad bancaria, y que era nulo, «por error obstativo que excluye el consentimiento», el contrato de cesión de derechos que implicaba la participación de Lotería que el depositario había entregado al actor. Contra la sentencia de la Audiencia, el demandante interpuso recurso de casación, entre cuyos motivos se alegaba, infracción, entre otros preceptos, del artículo 1261 del Código Civil, respecto de lo que el Tribunal Supremo se pronunció en los siguientes términos: «Considerando que el artículo 1261 del Código Civil, único interesante y fundamental para la solución del caso debatido, entre los que el recurso cita como violados por el Tribunal sentenciador, precisamente fue aplicado con justeza y acierto por la resolución recurrida, ya que la distracción (*lapsus calami*) padecida por el escribiente encargado de declarar y formalizar la voluntad de don Luis García Morato (el depositario) hubo de tener la trascendencia inevitable de producir una divergencia entre la voluntad y su manifestación exterior respecto al número jugado, que implica una disconformidad o disenso en cuanto a la identidad del objeto mismo del contrato y hace a éste inexistente, según el citado artículo, toda vez que mientras el cesio-

nario al aceptar recibir el resguardo, muestra su conformidad en adquirir una participación en el número determinado que figura en dicho resguardo, el cedente le ha querido transmitir un número distinto y tal desacuerdo excluye el consentimiento, que es elemento esencial del contrato, e impide, por ende, la formación y nacimiento del mismo». Y en otro considerando había realizado interesantes precisiones, tendentes, sin duda, a confirmar el fallo del juez de primera instancia, en cuanto el error había sido calificado por aquél como excusable: «Considerando —dice el Supremo—, que no obstante la diversidad de teorías en el campo doctrinal se han formulado acerca de los efectos de la divergencia entre voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema en el Código Civil patrio, puede admitirse, como regla general, la de que es preferente la voluntad real a la voluntad declarada, pues así, se infiere, no sólo de las tradiciones constantes de nuestro Derecho, sino además de la norma contenida en los artículos 1265 y 673, relativos a la nulidad de los contratos y los testamentos por vicios del consentimiento, y aún de la que establecen los artículos 1281 y 675 a propósito de la interpretación de esos respectivos actos jurídicos, siquiera haya de ser atenuado el rigor de dicho principio con una serie de necesarias restricciones, que implican parciales desviaciones hacia la teoría llamada de la declaración y entre las cuales, de conformidad con la opinión científica más generalizada, figuran como fundamentales las siguientes: Primera. Que la divergencia ha de ser probada por quien la afirme, ya que si no se prueba, el derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real. Segunda. Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa, y a que pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido». De esta sentencia merecen ser destacados los siguientes extremos: en primer lugar, sanciona, como regla general, la prevalencia de la voluntad real sobre la declarada, pero de tal regla excluye las hipótesis en que «la disconformidad sea imputable al declarante por maliciosa o por haber podido ser evitada con empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte», es decir, siempre que el error obstativo no sea inexcusable; en segundo lugar, constata que la negligencia del declarante no desvirtúa la eficacia invalidante del error si la parte destinataria de la declaración tiene mala fe, lo que apunta a la necesidad de valorar en el juicio de excusabilidad, no sólo la conducta del declarante, sino también la del destinatario; por último, se refiere a los principios de responsabilidad, protección a la *bona fides* y seguridad del comercio jurídico, como fundamento de la irrelevancia invalidatoria del error obstativo imputable a negligencia de la víctima.

Emblemática es la STS de 14 de junio de 1943, *loc. cit.*, p. 407. La cuestión que suscita la litis que da lugar al recurso de casación es la de si un contrato convenido en escritura pública de disolución de una sociedad regular colectiva y de división de su haber social, así como el comprendido en un documento privado de liquidación de la sociedad, en el que se reconocía en favor de uno de los socios un saldo de 35.000 pesetas, debía ser considerado inválido por error de hecho substancial en las condiciones de la liquidación, a consecuencia de no haber sido incluida oportunamente en la contabilidad una partida de cargo por 50.657,50 pesetas. En primera y segunda instancia se desestimó la nulidad de los referidos negocios, y habiendo interpuesto el socio deudor recurso de casación, el Tribunal Supremo no acogió el motivo primero, en el que el recurrente denunciaba infracción del artículo 1266.I en relación con el artículo 1261 del Código Civil, entre otras consideraciones, por ser inexcusable el error alegado: «aun cuando el Código Civil patrio —observa el Supremo—, no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por el que haya incurrido en él para anular la declaración, o, cuando menos, que según expresó esta Sala en sentencia de 15 de enero de 1910, es mucho menos asequible el error “cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio”». En consecuencia, desestimó el recurso, considerando que el error debía imputarse al recurrente, pues él llevaba la gestión y dirección



de la sociedad y no había rendido cuentas ni balance a los demás socios durante un prolongado período de tiempo, reputando fundado el fallo de la sentencia recurrida en cuanto «entiende y declara que a él habría que imputar dicho error, ya que en su mano estuvo el haberlo evitado, mandando incluir en el balance que sirvió de base a la liquidación la partida que reclama, y no puede ahora fundar su acción en este vicio del contrato, según se desprende del artículo 1302». La sentencia tiene gran interés por las siguientes razones: en primer lugar, porque utiliza expresamente el término de «excusabilidad», fijando un concepto que será repetido en otras sentencias posteriores, al definir el error inexcusable como el que se ha «podido evitar con el empleo de una regular diligencia» y, en consecuencia, no puede ser invocado por el que haya incurrido en él; en segundo lugar, porque resalta la falta de consagración legal expresa de la excusabilidad del error, poniendo de manifiesto que este requisito ha sido elaborado por jurisprudencia (con alusión a la STS de 15 de enero de 1910) y es compartido por un nutrido sector de la doctrina (si bien, en la actualidad, la Ley 19.II del Fuero Nuevo de Navarra exige la excusabilidad del error); en tercer lugar, vuelve a reiterar una idea ya apuntada por la STS de 15 de enero de 1910 (anteriormente comentada), a saber, la necesidad de atender a los conocimientos y profesión del que padece el error para determinar si cumple, o no, con su deber de diligencia. Por último, cabe constatar que el ponente de esta importante sentencia es el mismo que el de la STS de 23 de mayo de 1935, Castán Tobeñas, discípulo de Clemente de Diego, que, como se expone en la nota siguiente (*vid. ibi*) es uno de los primeros autores españoles que se plantea la cuestión de la excusabilidad del error.

Particular mención merece también la STS de 11 de marzo de 1964, *J. Civ.*, 1964, vol. I, marzo, p. 406, que con toda claridad rechaza la vieja tesis procedente del derecho romano, conforme a la cual el *error iuris* era siempre inexcusable, considerando que el error regulado en el artículo 1266 del Código Civil puede ser de hecho o de Derecho, y exigiendo el requisito de la excusabilidad respecto de ambas clases de error invalidante. Lo que se confirma por otras sentencias posteriores, como, p. ej., la STS de 27 de mayo de 1982, *J. Civ.*, 1982, mayo-junio, p. 552, según la cual, el error que vicia el consentimiento, «reflejado en la normativa que sancionan los artículos 1261, 1265, 1266 del Código Civil, puede derivar tanto de la ignorancia del error de hecho como del error de Derecho, dado que dichos preceptos no distinguen a estos efectos» [...] «sin embargo, para ello se precisa» [...] «que tal error sea excusable, a causa de que el error podido evitar con una normal diligencia no puede ser invocado por el que alegue haber incurrido en él». Esta orientación encuentra apoyo legal en el vigente artículo 6.1.II del Código Civil (redacción por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo) y en la ley 19.II de la Compilación de Navarra de 1 de marzo de 1973, que, tras considerar anulables las declaraciones de voluntad, puntualiza que «no podrá alegarse el error inexcusable de hecho o de Derecho».

En la actualidad, la consagración jurisprudencial de la excusabilidad es incontestable; *vid.*, entre otras sentencias, las siguientes: STS de 21 de octubre de 1932, *J. Civ.*, 1932, t. 205, julio-octubre, pp. 686-689; STS de 9 de marzo de 1951, *J. Civ.*, 1951, t. XIX, marzo-abril, p. 248; STS de 16 de diciembre de 1953, *J. Civ.*, 1953, t. XXXII, noviembre-diciembre, p. 866; STS de 5 de marzo de 1962, *J. Civ.*, 1962, t. 107, marzo, p. 107; STS de 6 de abril de 1962, *J. Civ.*, 1962, t. 108, abril, pp. 142-143; STS de 21 de mayo de 1963, *J. Civ.*, 1963, t. 119, mayo, pp. 586-587; STS de 14 de junio de 1963, *J. Civ.*, 1963, t. 120, junio, pp. 289-290; STS de 11 de marzo de 1964, *loc. cit.*, p. 337; STS de 23 de marzo de 1966, *J. Civ.*, 1966, marzo, p. 626; STS de 11 de diciembre de 1967, *J. Civ.*, 1967, diciembre, p. 564; STS de 8 de junio de 1968, *J. Civ.*, 1968, junio-julio, pp. 156-157; STS de 8 de febrero de 1974, *J. Civ.*, 1974, febrero, pp. 557-558; STS de 7 de abril de 1976, *J. Civ.*, 1976, marzo-abril, p. 302; STS de 15 de febrero de 1977, *J. Civ.*, 1977, enero-febrero, pp. 603-604; STS de 18 de abril de 1978, *J. Civ.*, 1978, marzo-abril, p. 551; STS de 21 de junio de 1978, *J. Civ.*, 1978, mayo-junio, pp. 777-778; STS de 29 de diciembre de 1978, *J. Civ.*, 1978, noviembre-diciembre, pp. 784-785; STS de 7 de julio de 1981, *J. Civ.*, 1981, julio-octubre, p. 163; STS de 9 de octubre de 1981, *J. Civ.*, 1981, julio-octubre, pp. 437-438; STS de 26 de octubre de 1981, *J. Civ.*, 1981, julio-octubre, p. 758; STS de 4 de enero de 1982, *J. Civ.*, 1982, enero-febrero, pp. 54-55; STS de 12 de junio de 1982, *J. Civ.*, 1982, mayo-junio, 838; STS de 4 de diciembre de 1985, *J. Civ.*, 1985, diciembre, p. 5500; STS de 17 de mayo de 1988, *J. Civ.*, 1988, segundo trimestre, p. 711; STS de 27 de marzo de 1989, *J. Civ.*, 1989, primer

que no puede alegarse un error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular<sup>4</sup>.

trimestre, p. 1276; STS de 4 de diciembre de 1990, *RAJ*, 1990, vol. VIII, núm. 9546, p. 12295; STS de 30 de mayo de 1991, *J. Civ.*, 1991, segundo trimestre, p. 771; STS de 30 de diciembre de 1991, *RAJ*, 1991, vol. VI, núm. 9610, p. 13009; STS de 14 de febrero de 1994, *loc. cit.*, p. 508, pp. 510-511; STS de 29 de marzo de 1994, *J. Civ.*, 1994, primer trimestre, p. 1519; STS de 14 de julio de 1995, *R.A.J.*, 1995, vol. III, núm. 6010, p. 8048. Implícitamente también, respecto de un supuesto de error obstativo, STS de 25 de febrero de 1995, *RAJ*, 1995, vol. I, núm. 1647, pp. 2108-2109.

Es de destacar la STS de 18 de febrero de 1994, *J. Civ.*, 1994, primer trimestre, pp. 665-666, que viene a sistematizar la doctrina jurisprudencial de la excusabilidad: «según nuestra Jurisprudencia —afirma el Supremo—, para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7.º del Código Civil. Es inexcusable el error (de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error; en términos generales —se continúa— la Jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto [...] La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de una persona inexperta que entre en negociaciones con un experto [...] y siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa».

<sup>4</sup> Y esta orientación jurisprudencial ha ido imponiéndose en la doctrina paulatinamente.

El requisito de la excusabilidad está ausente en gran parte de los autores que escriben inmediatamente después de la promulgación del Código Civil (*vid.* FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, 4.ª ed., Barcelona, 1893, pp. 82-83; NAVARRO AMANDI, *Cuestionarios del Código Civil reformado*, t. IV, Madrid, 1891, pp. 106 ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. II, *Parte general*, 2.ª ed., Madrid, 1911, p. 538) que, por lo general, no llegaron a plantarse la conveniencia de restringir la relevancia invalidante del error esencial de hecho a los supuestos en que éste fuera excusable.

Sin embargo, existen algunas excepciones notables. Así, BURÓN GARCÍA, *Derecho Civil español*, t. III, Valladolid, 1900, pp. 653, observa que el error de hecho puede «recaer sobre un hecho “propio” o “ajeno”; éste excusa la ignorancia, á menos que sea supina, es decir, que se ignore lo que todos o la mayor parte saben; no aquél, sinó cuando sea muy lejano y complicado, como de cuenta antiguas». En MANRESA existe también un atisbo de la noción de excusabilidad, negando eficacia anulatoria al error cuando fuera «incomprensible, absurdo, verdaderamente grosero; inexplicable en persona que tenga capacidad para contratar» (*Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, 2.ª ed., Madrid, 1907, p. 645), es decir, imputable a culpa lata del declarante. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, t. I, Madrid, 1929, p. 241, realiza un tratamiento doctrinal, siquiera sucinto, de la cuestión, distinguiendo entre un error excusable e inexcusable, en atención al criterio de la imputabilidad al agente y al de la evitabilidad mediante una mediana diligencia; sin embargo, en otra obra (*Id.*, *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1919, p. 227), respecto del concreto alcance del requisito de la excusabilidad en el ámbito del Derecho de la contratación,

Cabe constatar que la noción de excusabilidad, a pesar de su indudable consagración jurisprudencial, resulta ilógica desde la perspectiva del principio de tutela del consentimiento, el cual protege el interés de las partes a no verse vinculadas contractualmente, sino en virtud de un acto de voluntad plenamente consciente y libre. Partiendo de esta premisa, todo error esencial, sea o no excusable, vicia (o excluye) la voluntad y, en consecuencia, debiera reconocerse a quien lo padece el derecho a impugnar el contrato. Pero tal concepción psicológica del error, impecable desde el punto de vista de la lógica jurídica, produce consecuencias prácticas contrarias a las exigencias de la circulación de la riqueza, sometiendo al contratante que razonablemente ha confiado en la validez de la declaración al riesgo de que el negocio pueda ser impugnado en virtud de un error oculto del declarante: dicho riesgo constituye un factor de inseguridad jurídica en la contratación; provoca dilaciones en la conclusión de los negocios, obligando al adquirente que quiera obtener una certeza razonable respecto a la validez del contrato a investigar concienzua-

---

precisa lo siguiente: «el (error) de hecho ajeno excusa la ignorancia que de él se tenga a menos que sea supina, es decir, que se trate de un hecho de todos conocido o que por todos haya podido conocerse». Repárese, pues, que el autor, en definitiva, aprecia la excusabilidad acudiendo al parámetro de la *culpa lata*, y no al de la diligencia media, criterio éste último que, en cambio, es el utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Puede, pues, afirmarse que en nuestro Derecho el requisito de la excusabilidad es de eminente creación jurisprudencial, siendo ulteriormente recibido por la doctrina, si bien dicha recepción no fue pacífica, suscitando las críticas de aquélla, que estimó dicho requisito contrario al principio de tutela del consentimiento característico de nuestra legislación, proponiendo sancionar la negligencia del declarante a través de la aplicación del artículo 1902 del Código Civil (ALBALADEJO, «Invalidez de la declaración de voluntad», *ADC*, 1957, p. 1006), mediante el recurso a la *culpa in contrahendo* (PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, *Notas*, en ENNECERUS/NIPPERDEY, *Derecho Civil, Parte general*, en ENNECERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 2.º, *Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos. Pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos*, primera parte, 3.ª ed. al cuidado de A. HERNÁNDEZ MORENO y M. C. GETE-ALONSO, Barcelona, 1981, p. 356), o acudiendo a uno u otro remedio, sin duda, en atención a la gravedad de la negligencia, posición ésta que presupone el deslinde de la responsabilidad precontractual de la extracontractual (*vid.* ALONSO PÉREZ, *Notas*, en PIETROBON, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 334-337; *Id.*, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, p. 886).

En la actualidad, la doctrina mayoritaria es favorable a la exigencia del requisito de la excusabilidad, con apoyo en los principios de responsabilidad y buena fe: *vid.*, *ad ex.*, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, *Introducción y Parte general*, vol. 2.º, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 14.ª ed., Barcelona, 1996, pp. 208-209 (que cambia, así, su posición anterior) Ciertos autores exigen además la denominada «recognoscibilidad»: *cfr.* Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, pp. 176-178, 182, 184-185; LUNA SERRANO, «La voluntad negocial y sus vicios», en LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil*, I, *Parte general del Derecho Civil*, vol. 3.º, *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1990, pp. 180-181; *Id.*, «Los vicios del consentimiento contractual», en LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pp. 72-73 (idéntica posición se mantiene en la 3.ª ed. de la misma obra de 1994, en la que la redacción del citado epígrafe corre a cargo de Rivero Hernández). Para un tratamiento novedoso de la cuestión desde la perspectiva de la distribución de los riesgos, *vid.* MORALES MORENO, «De la excusabilidad a la imputabilidad en el error», en *AAMN*, t. XXIX, pp. 50 ss.

damente el proceso de formación de la voluntad del declarante; por último, expone al destinatario de la declaración a la posibilidad de ser demandado en un proceso en el que se discutirán circunstancias subjetivas de difícil prueba, proceso que no sólo le originará costes económicos adicionales, sino que, además, muy probablemente, le disuadirá de realizar, hasta el momento de su conclusión por sentencia firme, operaciones económicas que presupongan la titularidad o el uso del bien objeto del contrato impugnado. A paliar estas indeseables consecuencias, garantizando, al menos en cierto grado, la seguridad del comercio y del tráfico jurídico, se dirige el requisito de la excusabilidad del error<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Requisito éste que parece plenamente asentado en la moderna doctrina francesa. Cfr., GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, en «Bibliothèque de Droit privé» (dir. H. Solus), t. XLI (prefacio de J. Boulanger), 3.ª ed., Paris, 1971, pp. 146-166.

Sin embargo, el recurso al método comparado demuestra que la aplicación del principio de responsabilidad no reclama necesariamente la irrelevancia invalidatoria del error negligente, sino que existen otros modos de asegurar la seguridad jurídica en la contratación.

Así, el artículo 26.I del Código suizo de las obligaciones permite la impugnación en virtud de un error negligente, sujetando exclusivamente al impugnante a reparar el daño que resulte de la invalidez de la convención, si el error proviniera de su propia culpa y siempre que la otra parte no lo conociese o no hubiese debido conocerlo. El contenido de la obligación de resarcimiento se identifica por la doctrina con el denominado interés negativo (cfr. GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8.ª ed., por A. KOLLER y J. N. DRUEY, Zürich, 1991, p. 136). No obstante, el artículo 26 del mismo Código, en su párrafo segundo, otorga al juez la facultad de conceder un mayor resarcimiento cuando la equidad así lo requiera.

La legislación alemana no exige el requisito de la excusabilidad del error. No obstante, el §122 del *BGB* dispone que quien demanda la impugnación por error debe indemnizar a la parte contraria los daños que ésta experimenta por haber confiado en la validez de la declaración (interés contractual negativo), obligación de resarcimiento que no presupone la culpa *in contrahendo* del impugnante y que cesa cuando el propio destinatario conoció el error o, actuando diligentemente, debiera haberlo reconocido. La doctrina alemana parece considerar tal norma suficiente al efecto de garantizar la seguridad jurídica en la contratación, siendo pacífica la opinión contraria a la exigencia del requisito de la excusabilidad. Así, observa BREHM, *Allgemeiner Teil des BGB*, Stuttgart-München-Hannover-Berlin, 1991, p. 114: «Für die Frage, ob ein Irrtum erheblich ist, spielt das Verschulden keine Rolle». Vid. igualmente: HEINRICHS, *Comentario al §119 BGB*, en AAVV, *Bürgerliches Gesetzbuch* (ed. originaria por O. Palandt), 51.ª ed., München, 1992, p. 81: «Nach der Regel des BGB ist es gleichgültig, ob der Erklärende den Irrtum ver schuldet hat o nicht»; JAUERNIG, *Comentario al §119 BGB*, en AAVV, *Bürgerliches Gesetzbuch* (dir. O. Jauer-nig), 6.ª ed., München, 1991, p. 57: «Gleichgültig ... ist, ob Irrtum verschuldet»; KÖHLER, *BGB, Allgemeiner Teil*, 21.ª ed. por H. LANGE, München, 1991, p. 131: «Ob der Irrtum vermeidbar oder für den Gegner unerkennbar war, spielt dagegen keine Rolle»; PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, 4.ª ed., Heidelberg, 1993, p. 230: «und zwar nach unserem Recht ohne Rücksicht darauf, ob er diesen Irrtum vermeiden konnte oder nicht»; PETERS, *BGB. Allgemeiner Teil*, en *Schaeffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft*, t. I, Heidelberg, 1991, p. 124: «Bei der Anfechtung von Willenserklärungen könnte noch weiter danach unterschieden werden, inwieweit der Irrtum verschuldet war oder nicht und inwieweit der Gegner ihn erkennen konnte»; WIEFELS, *Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil des BGB*, ed. por H. Berg, en *Schaeffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft, Abteilung I: Privat- und Prozessrecht* (dir. von Rosen-von Hoewel), vol. I, Heidelberg, 1981, p. 142: «Gleichgültig ist dagegen, ob der Irrtum entschuldbar ist oder nicht». Vid., en particular, ENNECCERUS, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, en ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, parte 2.ª, 50.ª ed. revisada por H.C. NIPPERDEY, Tübingen, 1960, p. 1030: «Nach geltendem Recht kommt es nicht darauf an, ob der Irrtum entschuldbar ist

## II. LOS PRINCIPIOS DE AUTORRESPONSABILIDAD Y DE BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LA EXCUSABILIDAD

Ante la inexistencia de precepto legal expreso, el Tribunal Supremo apoya la doctrina jurisprudencial de la excusabilidad del error en los principios de autorresponsabilidad y de buena fe<sup>6</sup>.

El recurso al principio de autorresponsabilidad permite a la jurisprudencia afirmar que la ineficacia del contrato no puede ser invocada «por la parte misma que es culpable de haberla producido»<sup>7</sup> y, por ende, aplicar «el criterio de la imputabilidad del error a quien lo alega»<sup>8</sup>, restringiendo, así, el alcance del artículo 1266 del Código Civil: quien incurre en un error inexcusable no merece la protección del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, pierde el derecho a impugnar el contrato, aun cuando éste tuviera origen en una voluntad gravemente viciada e, incluso, en los supuestos de divergencia inconsciente entre voluntad y declaración.

«El principio de responsabilidad negocial —afirma el Tribunal Supremo—, entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica a las que responde la máxima “*vigilantibus et non errantibus iura succurrunt*”»<sup>9</sup>; «cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible»<sup>10</sup> (p. ej., mediante la oportuna consulta al Registro de la Propiedad<sup>11</sup> o a los registros administrativos<sup>12</sup>); en particular, cuan-

---

oder nicht». Y, así, según los autores, el derecho de impugnación surge, aún en el supuesto de culpa grave (*sogar bei grobem Verschulden*), la cual no puede justificar que un contratante quede ligado por negocio que no quiso concluir y que le perjudica, mientras que quizá confiera a la parte contraria una ventaja totalmente injustificada (*op cit.*, vol. I, parte 2.ª, p. 1030, nota 2.ª). MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 4.ª ed., Heidelberg, 1990, p. 275, constata, asimismo, que la legislación germana permite la impugnación del contrato, prescindiendo de criterios culpabilísticos, incluso en el supuesto de culpa grave del declarante: «berücksichtigt das BGB von den eben genannten Kriterien das Verschulden des Erklärenden überhaupt nicht: Anfechtung kommt auch bei größter Fahrlässigkeit in Betracht (nur Vorsatz ist naturgemäss ausgeschlossen: Dann fehlt es an einem Irrtum)». VON TUHR, *Derecho Civil, Teoría general del Derecho Civil alemán*, vol. II, parte 2.ª, *Los hechos jurídicos. El negocio jurídico* (continuación) (traducción por T. Ravá), Buenos Aires, 1947, p. 274, rechaza expresamente el requisito de la excusabilidad del error, admitiendo también la impugnación del contrato en el supuesto de negligencia grave del errante, lo que, según observa el autor, tiene como compensación la circunstancia de que la obligación de resarcimiento establecida en el §122 del *BGB* no descansa en la culpa del impugnante.

El Código Civil italiano prescinde, asimismo, de la noción de excusabilidad, que sustituye por la más moderna de reconocibilidad (*cf.*, arts 1428 y 1431).

<sup>6</sup> STS de 18 de febrero de 1994, *loc. cit.*, p. 664.

<sup>7</sup> STS de 23 de mayo de 1935, *loc. cit.*, pp. 158-159.

<sup>8</sup> STS de 18 de febrero de 1994, *loc. cit.*, p. 664.

<sup>9</sup> STS de 21 de junio de 1978, *loc. cit.*, p. 777.

<sup>10</sup> STS de 18 de febrero de 1994, *loc. cit.*, pp. 664-665.

<sup>11</sup> *Cfr.*, STS de 5 de marzo de 1962, *loc. cit.*, p. 107; STS de 15 de febrero de 1977, *loc. cit.*, pp. 603-604.

<sup>12</sup> La STS de 21 de junio de 1978, *loc. cit.*, pp. 768 ss., considera inexcusable el error del comprador de un edificio declarado en ruina, pese a que la escritura no mencionaba tal

do estuvo debidamente asesorada con intervención de letrados<sup>13</sup>; y «para determinar si se ha empleado, o no, una regular diligencia habrá que

circunstancia. El supuesto de hecho era el que, a continuación se expone: las partes litigantes suscribieron un documento privado de compraventa de un inmueble, con fecha de 18 de abril de 1973, fijando como precio la cantidad de 1.650.000 pesetas, entregando el comprador 100.000 pesetas, en concepto de arras, y obligándose a entregar el resto hasta el día de 7 de mayo, día en que debía otorgarse la correspondiente escritura pública, como efectivamente se hizo. Posteriormente, el comprador interpuso demanda contra las vendedoras, solicitando que se declarara nula la compraventa, por habersele ocultado —según él— la existencia de una declaración de ruina del edificio y la consiguiente orden de derribo, con lo que la finca era inservible para el destino que la había movido a adquirirla (negocio de venta minorista de papel pintado, elementos de decoración y bricolage) y, subsidiariamente, pedía la resolución del contrato. La demanda fue desestimada en todas sus partes en primera instancia, pero, interpuesto recurso de apelación contra el fallo por parte del demandante, la Audiencia revocó la sentencia apelada, declarando la nulidad del contrato y condenando a las vendedoras a restituir el precio y a satisfacer al actor la cantidad de 395.881,25 pesetas en concepto de daños y perjuicios. Las vendedoras interpusieron recurso de casación contra tal fallo, denunciando aplicación indebida de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y de la doctrina legal atinente a los mismos (motivo primero), así como aplicación indebida de los artículos 1269 y 1270 del Código Civil (motivo segundo). El Tribunal Supremo acogió ambos motivos. A propósito del primero de ellos, realizó interesantes consideraciones respecto del requisito de la excusabilidad: «El error —observa el Supremo—, sobre ser esencial y determinante de la declaración de voluntad, habrá de resultar inexcusable a pesar de que el Código Civil no lo establezca, a diferencia de lo que ocurre en algún ordenamiento del derecho foral (Compilación de Navarra, Ley 19, segundo), pues se entiende que el principio de responsabilidad negocial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica a las que responde la máxima *vigilantibus et non errantibus iura succurrunt* [...] Los principios de responsabilidad y de protección de la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico, no consenten que sea invocado para anular la declaración un error evitable con normal diligencia». Entendió el Tribunal Supremo que debía prosperar el primer motivo, «pues la Sala sentenciadora aplicó inadecuadamente los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, al apreciar la concurrencia de error esencial y determinante en el consentimiento prestado por el comprador», siendo así que «las circunstancias del caso debatido conducen prudentemente a la contraria conclusión, pues ni en la escritura de compraventa ni en las conversaciones preliminares expresó el adquirente que la motivación del contrato, como determinante de la declaración de voluntad y fundamento del consentimiento prestado, estribaba en el propósito de instalar un establecimiento comercial en el inmueble, y si bien las vendedoras no le dieron noticias de la declaración administrativa de ruina, es incuestionable que la notoria vetustez del edificio (“se trataba de un edificio antiguo”, en frase del escrito instaurador del proceso) y la misma descripción de lo enajenado utilizando un calificativo (“viejo”) tan poco usual en la contratación para caracterizar una finca urbana, denotan con toda evidencia el nulo valor de la edificación y la realidad de la ruina desde el punto de vista arquitectónico, con independencia de lo que pudiera constar en los registros administrativos, cuyo contenido pudo conocer el comprador de haber observado un mínimo de diligencia, recabando en todo caso asesoramiento técnico acerca de si era reparable y apta como sede de un establecimiento mercantil una construcción de tan deleznable aspecto, máxime que en un orden lógico imponía contraria deducción, el hecho de que el precio pactado excedía en poco de la mitad de la suma que las propietarias obtendrían con la venta del solar, a lo que ha de añadirse que la premura de ampliar la red comercial, que según el demandante ha sido el móvil impulsivo de la adquisición, mal se compagina con la posibilidad de ceder la compra a un tercero y con la tardanza de iniciar las obras de reforma». El Tribunal Supremo acogió también el segundo de los motivos del recurso, a saber, la indebida aplicación por la Audiencia de los artículos 1269 y 1270 del Código Civil, entendiendo que no concurría *dolo in contrahendo* porque «no es permitido reprochar a las vendedoras [...] el empleo de sugerencias o artificios de ningún género».

<sup>13</sup> STS de 16 de diciembre de 1953, *loc. cit.*, p. 866.

La STS de 4 de diciembre de 1985, *loc. cit.*, pp. 5493 ss., resolvió un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid, que había

desestimado el recurso de apelación contra la dictada por el Juzgado de primera instancia, número 2, de León, que, a su vez, había declarado no haber lugar a la demanda formulada por la recurrente contra su cónyuge separado, y, en cuyo escrito inicial, solicitaba la declaración de ineficacia de un documento privado que hacía referencia a un convenio trasaccional entre las dos partes litigantes, y la de su derecho a que se llevara a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales; subsidiariamente, solicitaba, que se declarase que, al otorgar el referido documento, había existido error en el consentimiento, «por desconocer el montante del inventario y evaluó de los bienes integrantes de dicha sociedad conyugal, de tal forma “que es una cantidad muy superior a la aceptada como transacción”». En el motivo cuarto del recurso se denunciaba la infracción por inaplicación del artículo 1321 del Código Civil (redacción por Ley de 2 de mayo de 1975), que exigía, como el actual artículo 1327, el otorgamiento de escritura pública para la validez de las capitulaciones matrimoniales, motivo que, según el Tribunal Supremo debía decaer, porque «el documento en cuestión no contiene unas capitulaciones matrimoniales otorgadas al celebrarse o con posterioridad a su celebración de un matrimonio en plenitud de existencia, sino un convenio transaccional sobre la situación económica de los cónyuges para adaptarse a su separación indefinida, por lo que al ser así no es requisito *ad substantiam* el otorgamiento de escritura pública para su validez». El sexto de los motivos denunciaba infracción por inaplicación de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, «Pero el motivo —observa el Tribunal Supremo— ha de seguir la suerte desestimatoria de los anteriores, en cuanto que: a) la sentencia recurrida (cuarto considerando) dice que tal error no se halla probado en este caso, y la jurisprudencia de esta Sala ha determinado que la existencia del error es cuestión de hecho [...] y como tal ha de referirse a la soberana apreciación del Tribunal sentenciador. b) Sin embargo, en el limitado ámbito de apreciación de los hechos probados que esta Sala de casación tiene al respecto, puede decirse que teniendo en cuenta el asesoramiento de las partes previo al inventario de los bienes (también a favor de la recurrente) y el conocimiento que la misma demostró de los bienes a incluir, permiten hablar en su caso de “error inexcusable”, circunstancia que exige también la jurisprudencia para su apreciación [...] c) En definitiva, de la investigación que se efectúa para matizar el alegado error en éste caso particular y del fin que persiguieron las partes se llega a la conclusión de que el error que alega la recurrente en la valoración de los bienes pudo haberse evitado con una normal diligencia máxime cuando ha de calificarse de inexcusable y no alegable si en el contrato intervinieron Letrados».

Entre las sentencias que aprecian en el juicio de excusabilidad la circunstancia de que el impugnante había estado asesorado con intervención de letrado, puede citarse la STS de 4 de diciembre de 1990, *loc. cit.*, pp. 12294 ss. El supuesto de hecho era el siguiente: las partes litigantes habían concertado el 21 de octubre de 1984 un contrato de compraventa, por el que el actor vendía al matrimonio demandado un local para la instalación de un bar por el precio de 7.800.000 pesetas, de las que los demandados pagaron, al estipularse el contrato, 3.919.500, obligándose a abonar el resto (3.880.500 pesetas) el día 21 de diciembre siguiente. Llegado tal día, los compradores no pagaron lo convenido, por lo que, dando explícitamente por resuelta la compraventa y actuando como propietario del inmueble el mismo vendedor, el día 8 de febrero de 1985 celebraron un contrato de arrendamiento del local por renta anual de 840.000 pesetas, en el que además pactaron un derecho de opción a favor del marido para adquirir el mismo local por el precio de 3.880.500 pesetas, precio que restaba del resultado contrato de compraventa, y que el arrendador concedente de la opción retuviese la suma que había percibido al celebrar dicha compraventa. Los demandados dejaron de pagar la renta mensual estipulada en septiembre de 1985 y el 15 de noviembre siguiente requirieron notarialmente al demandante para que ante el «desistimiento bilateral» del contrato de compraventa del 21 de octubre de 1984, ambas partes se restituyeran las recíprocas prestaciones, y, por tanto, las sumas de dinero anteriormente satisfechas (3.919.500 pesetas). El arrendador-concedente de la opción demandó en juicio el pago de las rentas vencidas y no satisfechas, ante lo cual los demandados formularon reconvencción solicitando que se declarara la validez del contrato del 21 de octubre de 1984, y la nulidad del contrato de 8 de febrero de 1985, y el abono de la suma de 700.000 pesetas, importe de las rentas (según ellos) indebidamente abonadas. La sentencia recurrida, confirmando, en esencia, la dictada en primera instancia, declaró la validez del segundo de dichos contra-

tos por lo que se dio por resuelto el primero, la validez del arriendo de 1 de febrero de 1985, y la condena a los demandados a abonar al actor la suma de 840.000 pesetas, importe de las rentas adeudadas, y al actor a que devolviera a los demandados la suma de 3.779.500 pesetas deducidas 140.000 pesetas, suma en que el Tribunal *a quo* estimó la indemnización debida al actor por el plazo de seis meses en el que no se le entregó el resto del precio pendiente de pago. Contra la sentencia de la Audiencia, los demandados interpusieron recurso de casación, en el que reproducían el *petitum* de la reconvencción, invocando como primer motivo, infracción por violación de los artículos 1265, 1266, 1269 y el 1270 del Código Civil, por considerar que el consentimiento por ellos prestado en la firma de los contratos de fecha 8 de febrero de 1985, era nulo «al haber existido error y dolo atribuible a la parte actora», que «no se enteraron de lo que firmaron por desconocer totalmente el idioma español y por supuesto la legislación española»; y se añade que también hubo error de Derecho al no haberse aplicado en la sentencia recurrida los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y no tener en cuenta la nulidad del consentimiento por error de los recurrentes y por dolo de la contraparte. El Tribunal Supremo desestimó el motivo, afirmando lo siguiente: «Olvida el recurso la doctrina jurisprudencial acerca de los vicios del consentimiento contractual consistente en error y dolo. El error de derecho que se alude, ha de ser apreciado con extraordinaria cautela y carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y del fiel exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que no sólo se exige una prueba del error jurídico, independientemente de los motivos o intenciones de los contratantes, sino que también requiere que recaiga sobre la esencia o sustancia de lo convenido, lo que elude toda idea de generalización, con la subsiguiente aplicación restrictiva [...] y más ante el hecho usual de aceptación de contratos por personas no peritas en Derecho [...] No se puede alegar error si se hubiese podido evitar con una normal diligencia, por lo que el que haya omitido esa diligencia no puede invocar haber incurrido en error para anular la declaración, máxime cuando en el contrato, como se demostró, intervino un Letrado que asesoró a los contrayentes en lo relativo a los requisitos jurídicos». Y prosigue: «Se acreditó, según ya se dice, el asesoramiento de un abogado, y no se probó que el recurrente no tuviese oportunidad y tiempo suficiente para hacerse traducir fielmente los términos del contrato; tampoco se acreditó maquinación alguna fraudulenta por parte del recurrido para hacer firmar los contratos debatidos a los recurrentes, sino que lo acreditado fue que estos últimos actuaron con evidente negligencia en la aceptación de los mismos contratos apoyados en declaraciones negligentes, denominados por la doctrina germana *fahrlässige willenserklärungen*, cuya aceptación no exonera de cumplir el contrato respecto de la parte que confió en la contraria, todo lo que en modo alguno resta eficacia al contrato, por no ser la omisión de la diligencia necesaria en la declaración de voluntad causa de ineficacia en los contratos». El Supremo consideró además que era improcedente «la petición de validez del contrato de compraventa que con anterioridad fue resuelto bilateralmente por ambos contratantes, como da por sentado el recurrente [...] en el requerimiento notarial efectuado diez meses antes de ser presentado el escrito inicial de la litis [...] y, yendo palmariamente contra sus propios actos, en su reconvencción solicita se declare la íntegra validez de ese contrato que él mismo presuponía bilateralmente desistido».

La STS de 30 de mayo de 1991, *loc. cit.*, pp. 769 ss., apreció, asimismo, la circunstancia de que el sujeto que alegaba el error había estado asesorado desde el punto de vista jurídico, para considerar inexcusable el vicio del consentimiento. En la demanda origin del juicio de menor cuantía, del que dimanaba el recurso de casación, se suplicaba la declaración de nulidad de una escritura de subsanación por la que el recurrente (demandante en la primera instancia), había declarado que cierta finca pertenecía a la sociedad conyugal formada con su esposa, teniendo la cualidad de bien ganancial; con lo que pretendía rectificar la escritura anterior de compraventa, en la que el recurrente (en concepto de comprador) había hecho constar que adquiría la finca para sí mismo (como bien privativo) y se sometía al régimen de separación absoluta de bienes vigente en Cataluña, en defecto de pacto entre los esposos. En ambas instancias fue desestimada la demanda con base en que la segunda de dichas escrituras fue otorgada por ambos consortes «libre y espontáneamente, sin que mediara error por ninguno de ellos, limitándose a resolver si el piso al que se refieren ambas escrituras se adquirió privativamente por el esposo o en común por el



atender a las circunstancias de toda índole e, incluso, a las personales»<sup>14</sup> (apreciación *in concreto* de la excusabilidad), por ejemplo, a la edad<sup>15</sup> o

matrimonio “con independencia de la vecindad civil de ellos y el consiguiente régimen económico aplicable”, pues nada se opone a que en el supuesto de que en el régimen fuera el de separación absoluta de bienes, ambos adquirieran por mitad un determinado bien, lo mismo que en el régimen de gananciales puede cualquiera de los dos cónyuges adquirir bienes a título privativo. En definitiva, la sentencia recurrida, otorga plena validez a la escritura subsanatoria, sin que aprecie la valoración de la prueba motivo alguno que evidencie la existencia del alegado error por parte del actor en el momento de su otorgamiento; toda vez que de la propia escritura, sin prueba en contrario, aparece plenamente acreditada la cotitularidad de ambos litigantes sobre el piso en cuestión, ya que el mismo fue adquirido conjuntamente». Contra la sentencia de la Audiencia, el demandante interpuso recurso de casación, observando el Tribunal Supremo lo siguiente: «En cuanto al error de hecho o de Derecho que se aduce en el recurso (motivos primero y segundo) por parte del recurrente al otorgar la escritura de 1983 [es decir, la segunda escritura de subsanación de la anterior], es de tener en cuenta [...] Que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio [...] además ha de ser inexcusable [nótese la confusión terminológica, que no conceptual, en la que incurre la sentencia, que emplea la expresión “inexcusable”, cuando, en realidad, debiera utilizar la de “excusable”], circunstancia que no afecta al recurrente, en cuanto fue con anterioridad al otorgamiento de dicha escritura debidamente asesorado desde el punto de vista jurídico». «Es de observar —prosigue, el Supremo—, que en el caso debatido no fue el error “simultáneo” o provocado con anterioridad a la prestación del consentimiento, sino que el supuesto error fue denotado muy posteriormente (casi tres años después) al iniciarse el pleito actual [...] cuando ya había producido efectos jurídicos la escritura que se pretende anular; en tal sentido puede decirse que el recurrente al promover esta litis fue contra sus propios actos productores de dichos efectos». Y añade: «tampoco puede decirse, en contra de lo que postula el recurso, que se esté ante un supuesto de error de Derecho, concepto que elude toda idea de generalización y ha de aplicarse también restrictivamente, dadas las circunstancias acreditadas en el caso concreto *sub iudice*. Su aplicación se hará con extraordinaria cautela y con carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y exacto cumplimiento de lo pactado, condiciones que al no concurrir en la apreciación de la prueba de los hechos debatidos impiden ahora la aplicación de aquel error de Derecho».

<sup>14</sup> STS de 4 de enero de 1982, *loc. cit.*, p. 55, que invoca, al efecto, la aplicación analógica del artículo 1484 del Código Civil

<sup>15</sup> La STS de 8 de julio de 1981, *loc. cit.*, pp. 153 ss., admitió implícitamente que la edad es una circunstancia personal que debe ser tenida en cuenta en el juicio de excusabilidad, si bien, en el concreto supuesto contemplado por la resolución, el error invocado por el recurrente se calificó como inexcusable, «pese a lo avanzado de su edad». El supuesto de hecho era el siguiente: «la parte actora sostuvo en la demanda originaria de la litis que, con fecha de 4 de septiembre de 1976, la demandada le vendió una finca urbana por el precio de 1.400.000 pesetas, de las que en tal acto abonó la suma de 150.000 pesetas, conviniéndose el pago del resto (1250.000 pesetas) en el plazo de tres meses a contar de la indicada fecha, que llegado el vencimiento del término estipulado ambas partes concurrieron a la Notaría para el otorgamiento de correspondiente escritura pública, previo abono de la parte del precio restante, lo que no se pudo llevar a efecto al indicar el Notario que, al tratarse de una Vivienda de Protección Oficial, la parte vendedora debía proceder previamente a la descalificación de la vivienda, y como quiera que transcurría el tiempo sin que la vendedora procediera a tal descalificación, y creyendo que ya lo habría verificado, el Letrado del actor convocó a la demandada a comparecer ante la Notaría para el otorgamiento de la precitada escritura, dirigiéndole carta por correo certificado que la dicha interpelada recibió en 4 de febrero de 1977, en la que reiteraba su ofrecimiento del pago del resto del precio, sin que aquélla compareciera en la fecha indicada del siguiente día 11 del propio mes y año, efectuándole ésta última un requerimiento notarial en la intermedia fecha del 7 de febrero por conducto de una hija suya, dando por resuelto el contrato de compraventa por impago del resto de precio, y depositando en la misma Notaría las 150.000 pesetas en su día entregadas por el actor a cuenta del precio, ante cuya actitud

a la profesión; «así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto»<sup>16</sup>. «La diligencia exigible es, por el contra-

---

promovió su demanda, con la súplica de que se declarase la obligación de la demandada de transmitirle la finca cuestionada contra la entrega del resto del precio, y se le condenara a proceder en el plazo de un mes a la elevación a escritura pública de la transmisión de la finca de referencia, con el apercibimiento de que de no hacerlo en tal plazo se procedería a su elevación por mandato judicial». La parte interpelada se opuso a tal pretensión, aduciendo que ambos contratantes desconocían, en el momento de concertar la compraventa, que la vivienda estaba sujeta a las normas reguladoras de Protección Oficial, circunstancia que sólo fue conocida en la notaría; aducía, así mismo, «que había desistido de la venta, cuando supo las cantidades que tenía que abonar para proceder a la descalificación de la vivienda, y que para proceder a ello el actor tenía que abonarle el resto del precio, debiendo correr el comprador con dichos gastos, a lo que éste no accedió, razón por la cual su hija, cumpliendo sus instrucciones, le practicó el requerimiento resolutorio», «sin que el demandado hubiese abonado el resto del precio, por lo que suplicaba la absolución de la demanda contraria, al tiempo que deducía reconvencción, solicitando la declaración de nulidad de la compraventa, con devolución del precio recibido en razón a ser radicalmente nulo el contrato, y subsidiariamente, fuera declarada la resolución de acuerdo con los artículos 1.504 en relación con el 1.124 del Código Civil, con devolución de la parte del precio recibido». El juez de Primera Instancia rechazó la demanda, estimando el primer pedimento reconvenccional, es decir, la declaración de nulidad del contrato, con la devolución al comprador de la parte de precio entregada; en el recurso de apelación, la Audiencia estimó la demanda y rechazó la reconvencción. Contra la segunda sentencia, la demandada interpuso recurso de casación, en cuyo motivo quinto denunciaba violación, por no aplicación de los artículos 1261,I, 1265, 1266 y 1300 del Código Civil, especificando la recurrente al desarrollarlo que el error que se denunciaba era un error de Derecho, motivo que el Tribunal Supremo rechazó, «porque es constante la doctrina jurisprudencial de esta Sala que mantiene que la existencia de los vicios del consentimiento es un problema de hecho de la exclusiva competencia del Tribunal de Instancia [...] además de que el error viciante del consentimiento, con arreglo a los artículos 1265 y 1266 del Código sustantivo, que consiste en el falso conocimiento de la realidad y capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración de voluntad no querida efectivamente, exige que el error [sea] sustancial y no imputable a quien lo padece, sin que puedan ampararse en el error aquellas personas que hubieren dado lugar al mismo [...] además del propio título de dominio aportado por la demandada recurrente al proceso resulta, de su estipulación quinta, “que la vivienda queda sujeta a las prescripciones reguladoras de las Viviendas de Protección Oficial contenidas en el Texto Refundido de 24 de julio de 1963 y su Reglamento de 24 de julio de 1968, en cuanto a régimen de uso, conservación y aprovechamiento y al sancionador, siendo aplicable por tanto, el régimen de uso propio regulado en los artículos 102 y 119 del citado Reglamento”, circunstancias que no podían ser ignoradas por la aquí recurrente, pese a lo avanzado de su edad».

<sup>16</sup> STS de 18 de febrero de 1994, *loc. cit.*, p. 665.

Según la STS de 4 de enero de 1982, *loc. cit.*, p. 55, «para determinar si se ha empleado, o no, una regular diligencia habrá que atender a las circunstancias de toda índole e, incluso, a las personales». Se invoca al efecto la aplicación analógica del artículo 1484 del Código Civil, que niega el saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida cuando el comprador fuera un perito, que, por razón de su profesión u oficio, pudiera fácilmente conocerlos. De ahí se deduce que cuando el que padece el error pudiera haberlo evitado fácilmente, por razón de sus conocimientos, dicho error será inexcusable. Concretamente el Tribunal Supremo estimó excusable el error de la entidad adquirente de una finca con manantiales de aguas minero-medicinales por entender que dicha entidad compradora carecía de una preparación específica en ese sector de actividad industrial.

Son numerosas las sentencias que imponen un mayor nivel de diligencia cuando «quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio» (STS de 15 de enero de 1910, *loc. cit.*, p. 69; STS de 14 de junio de 1943, *loc. cit.*, p. 407).

La STS de 18 de abril de 1978, *loc. cit.*, pp. 540 ss., conoció del siguiente supuesto de hecho: el propietario de una finca sobre la que existían constituidas dos hipotecas en garantía de sendos créditos hipotecarios en favor de la Caja de Ahorros de Asturias, ven-

dió la finca de su propiedad a un tercero (que se subrogó en los mencionados créditos) en un documento privado, redactado y suscrito por el letrado de la Caja. Transcurrido el plazo de cuatro meses, previsto para el otorgamiento de escritura pública, sin que ésta llegara a otorgarse, y habiendo el comprador comunicado por escrito a la Caja que desistía de la compra, el vendedor interpuso demanda contra el comprador, exigiéndole el pago del precio de la compraventa, una vez deducido el importe de los créditos hipotecarios, y contra la Caja, demandándole que tuviera por practicada la subrogación en los préstamos hipotecarios que gravaban la finca. El comprador se opuso a las pretensiones del demandante, alegando que no había firmado un contrato de compraventa, sino una mera opción de compra y subsidiariamente, formuló demanda de reconvencción, para el caso de que el contrato se estimara de compraventa, instando la nulidad del mismo, «toda vez que el demandado actuó con error, y con dolo por parte de la parte contraria». El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda, que, sin embargo, prosperó en apelación y contra la cual el comprador demandado interpuso recurso de casación, alegando, como motivo cuarto, que la sentencia impugnada había incurrido en violación por infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, aduciendo la nulidad del contrato (que el Tribunal Supremo calificó de compraventa y no de opción), porque «estaba en la creencia de que el documento que suscribió contenía un convenio de opción de compra y no de compraventa del inmueble litigioso y en su ignorancia de que éste se hallaba afectado por el Plan General de Ordenación de Gijón, que obligaba a destinar gran parte del mismo a zona verde». El Supremo rechazó el motivo pronunciándose en las siguientes términos: «la primera de estas alegaciones [es decir, la equivocada creencia de que el contrato era de opción y no de compraventa] no la da por acreditada el Tribunal de instancia a quien está encomendada su apreciación y que, al no haber quedado destruida en este recurso, impide el éxito del motivo»; y «la segunda [a saber, ignorancia de que el inmueble estaba afectado por el Plan de Ordenación Urbana, que lo destinaba a zona verde], porque el error que sea posible evitar con el empleo de una mediana diligencia no puede ser invocado con éxito por quien haya incurrido en él, para anular su declaración de voluntad, y menos si se trata de persona perita y conocedora de la finalidad que se pretende conseguir a través del contrato [...] cual sucede en el proceso del que dimanar estas actuaciones, en el que, según los hechos que se declaran probados en el tercer considerando de la resolución que se impugna, el recurrente es de profesión constructor y el Plan de Ordenación Urbana [...] fue objeto de información pública, apareciendo en los periódicos oficiales y cuyo detallado conocimiento pudo ser obtenido fácilmente en las oficinas correspondientes, y al haberlo entendido así el Tribunal *a quo* no incurrió en las infracciones que se denuncian en este motivo, que, con la totalidad del recurso, debe ser desestimado».

La STS de 9 de octubre de 1981, *loc. cit.*, pp. 430 ss., consideró inexcusable el error en un caso de falta de autenticidad de un cuadro atribuido a Sorolla, porque el comprador era persona experimentada en arte y había asumido la garantía de la autenticidad del cuadro en el catálogo de una exposición donde lo mostró al público. El supuesto de hecho era el siguiente: las partes litigantes habían estipulado un contrato de compraventa mercantil, referido a la compra, por parte del actor, al demandado de un cuadro catalogado entre los asignados al pintor Joaquín Sorolla Bastida, titulado «Aguardando o esperando la barca», o «Bueyes y barca», habiéndose fijado el precio de 10.000.000 de ptas., que el comprador, en carta dirigida al vendedor, se comprometió a pagar, mediante la aceptación de veinte letras de cambio en cuantía unitaria de 5.000.000 de ptas., con vencimiento en diversas fechas. La contienda se ciñe en cuanto «a la autenticidad de la obra artística, pues negada por el actor comprador, con la pretensión de que se declare la nulidad del contrato de 28 de septiembre de 1973, por no ser el cuadro que se vendía legítimo del pintor Sorolla, con restitución de los 5.500.000 ptas. que como parte del precio se habían entregado, opone el demandado vendedor, “que lo vendido ha sido un cuadro inequívocamente atribuido al mencionado pintor, sin que le sea exigible responder de la cuestionada autenticidad”». La demanda fue desestimada en primera y segunda instancias. Contra el fallo de la Audiencia, el demandante interpuso recurso de casación invocando, como motivo séptimo, violación del artículo 1265 del Código Civil, en relación con el artículo 1266.I del Código Civil; artículo 1261, I, del Código Civil y artículo 50 del Código de Comercio. El Tribunal Supremo no acogió tal motivo, haciendo suyos los razonamientos del juez de instancia, cuya sen-

tencia distinguía claramente dos aspectos en el supuesto litigioso: a) de un lado, «un problema de interpretación legal, ante la insuficiencia de la propiamente contractual, de la situación creada por la relación jurídica existente entre actor y demandado»; b) de otro, «la posible existencia de error en el consentimiento». Respecto del primero de dichos aspectos observa el juzgador lo siguiente: «no ofreciendo luz alguna en la interpretación contractual la carta ya reseñada, documento que, reconocido por ambos contratantes, constituye la única prueba escrita de la formalización de la compraventa, el alcance de dicha discrepancia y duda que lo motiva ha de ser resuelto acudiendo, conforme previene el artículo 59 del Código de Comercio, a los “usos de comercio” en cuanto constituye fuente subsidiaria interpretativa de los actos de comercio, según dispone el artículo 2.º de dicho Código —implícitamente se está descartando la aplicabilidad del artículo 50 del propio Código— certificando la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, con fecha 14 de septiembre de 1976, que existe un uso de comercio generalmente admitido y observado, según el cual, los comerciantes y vendedores de obras pictóricas, en relación con la autenticidad y carácter genuino de la pintura vendida en su establecimiento, de autores fallecidos o no contemporáneos, se limitan a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance, uso que conforme el Juzgador, en relación con el caso litigioso, alcanza una plena aplicación, ya que se ha demostrado cumplidamente el tracto comercial de la obra». Añade, además, que la validez de la compraventa no se ve afectada por la rectificación sobre la autenticidad de la obra, efectuada por el autor del catálogo que el comprador tomó como guía y referencia para la compra de obras de Sorolla, ni por los dictámenes de autenticidad emitidos por el Instituto Central de Restauración y Conservación de Obras de Arte, por el Director del Museo Sorolla y por el Laboratorio de Investigación y Experimentación Caligráfica, «ya que todos ellos son de fechas posteriores a la de compraventa y por tanto nunca pudieron servir como elementos de juicio a valorar por el vendedor». Respecto a la posible existencia de un error en el consentimiento, observa el Tribunal Supremo que el juzgador no ha dejado «de tener en cuenta la doctrina sobre su sentido de alegada excepcionalidad, consecuencia a los principios de responsabilidad y de protección de la buena fe, como el de seguridad del tráfico jurídico, que impide su invocación cuando éste pudo ser evitado con tan sólo la más normal diligencia, más exigible en supuestos como el presente, en el que se trata de personas peritas, conocedoras del negocio que además asumen para sí la responsabilidad inherente a la garantía de autenticidad cuando el comprador es un profano, concretamente en el catálogo de la exposición en la que el comprador ponía en venta el cuadro adquirido se hacía constar, “todos los cuadros expuestos se venden con la garantía de autenticidad, responsabilizándose A. Hipola” llega el Juzgador de Instancia a la precedente desestimación de la existencia de tal vicio y con ello a la ya anunciada, igual conclusión que la anterior, sobre la validez del contrato celebrado entre las partes objeto de la litis».

La STS de 12 de junio de 1982, *loc. cit.*, pp. 833 ss., contempló el siguiente supuesto de hecho: el presidente del Comité Organizador del IV Congreso Internacional de Radiología contrató con el propietario de una casa editorial la edición y publicación de una obra basada en las ponencias y trabajos del referido congreso, para cuya financiación entregó al editor la cantidad de 1.000.000 de ptas., que este último debía restituírselo en el plazo de un año, prorrogable a dieciocho meses. Ante la falta de restitución de dicha cantidad, el presidente del Comité interpuso demanda, exigiendo del obligado el pago de la cantidad adeudada. Tal demanda fue estimada en primera y segunda instancias. Contra la sentencia de la Audiencia, el demandado interpuso recurso de casación, invocando, como primer motivo, violación de los artículos 1265, 1269 y 1270 del Código Civil. Observa el Tribunal Supremo que «para apreciar error invalidante del consentimiento (“errantis nulla esse voluntas”), se requiere que sea esencial y excusable, pues de no ser así habría que estar a la norma de que los efectos del error propio son imputables a quien lo padece [...] así como que el error productor de vicio en el consentimiento ha de ser sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y además inexcusable [aunque el uso de dicha expresión es incorrecto, debiendo haberse dicho excusable] [...] esto es, que no se haya producido exclusivamente por culpa grave del que lo sufrió, o sea, por haber dejado

de poner en la celebración del negocio la mínima diligencia exigible, y así no vicia el consentimiento el error que se hubiere podido evitar con una regular diligencia, y mucho menos es admisible el error cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio». Con apoyo en dicha doctrina, el Supremo desestimó el motivo del recurso, que el recurrente «fundamenta en que al suscribir el contrato en cuestión referido a la edición con “Progresos de Radiología O.R.L.” (Otorrinolaringología) en 23 de julio de 1975, novando otro anterior lo hizo inducido a engaño por las “halagüeñas promesas del actor [...] de que el libro se vendería de forma masiva”; porque esa afirmación además de no darla como probada la sentencia recurrida, siempre sería insuficiente como certeramente aprecia la Sala sentenciadora de instancia de una parte, por ser razonable que quien pretende como autor o colaborador publicar un libro esté convencido de su valor y así lo ponga de manifiesto al que lo ha de editar, y, de otra parte, debido a que las condiciones de editor del referido recurrente, especializado precisamente en obras de medicina, determinan, lógicamente, que en su actuar contractual no influye como causa esencial motivadora de la prestación de su consentimiento aquellas afirmaciones, sino la consideración de entender que lo concertado convenía a sus intereses siguiendo la más elemental diligencia de quien conviene en la edición de una obra por su profesión de editor».

La STS de 17 de mayo de 1988, *loc. cit.*, pp. 704 ss., consideró también la profesión de quien padece el error, a propósito del juicio de excusabilidad. El supuesto de hecho estaba constituido por la venta de un apartamento en un documento privado, cuya cláusula segunda establecía que el pago del precio se efectuaría de la siguiente manera: a) al formalizarse el contrato se abona la suma de 700.000 ptas., de las que el mismo documento sirve de recibo; b) la compradora abonaría 606.000 ptas. durante el mes de junio de 1980; c) el resto sería justificado, mediante facturas firmadas por la entidad vendedora, por trabajos efectuados por el estudio-taller de cerámica de la compradora. La cláusula tercera del contrato establecía que «con cargo a la parte del precio aplazado y hasta la fecha de otorgamiento de la escritura pública de compraventa el comprador autoriza al vendedor con cuanta amplitud sea necesaria en derecho para gestionar de Entidades Bancarias, de Crédito o Cajas de Ahorro la concesión de préstamo con garantía hipotecaria que recaiga sobre el apartamento objeto de este contrato o sobre la totalidad del inmueble de que forma parte, aun cuando el tipo de interés fuera superior al fijado para las cantidades aplazadas, pero con la limitación de que el plazo de amortización del préstamo no sea nunca inferior al pactado». El Juez de Primera Instancia y, posteriormente, la Audiencia, consideraron que la cláusula tercera del contrato carecía en absoluto de eficacia por su total incompatibilidad con la cláusula segunda, condenando a la entidad demandada a cancelar, a su exclusiva costa, y a levantar la hipoteca que, con base en la cláusula tercera, había constituido sobre el apartamento, propiedad de la actora, en garantía de un préstamo por importe de 1250.000 ptas., obtenido por dicha entidad del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda. Así mismo, la sentencia de la Sala «a quo» (como antes había hecho la del juzgado), desestimó la reconvencción que había formulado la entidad demandada, por la que, para el supuesto de que se estimase ineficaz la cláusula tercera del contrato, pretendía que se declarase la nulidad del mismo, por vicio en el consentimiento (por error sustancial en las condiciones esenciales de la compraventa), aduciendo desconocer la incompatibilidad de las dos cláusulas del contrato. Contra la sentencia de segunda instancia, la entidad demandada interpuso recurso de casación, en cuyo motivo séptimo alegaba interpretación errónea del artículo 1266 del Código Civil que basaba «en la alegación de que si hubiera conocido que la cláusula tercera de dicho contrato no era aplicable, no habría concertado el mismo». El Tribunal Supremo no acogió el motivo, pronunciándose en los siguientes términos: «Al ser el tema relativo a la existencia de los vicios del consentimiento una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de los Tribunales de Instancia [...] habiendo la Sala “a quo” declarado que en la celebración del litigioso contrato de compraventa no hubo error en el consentimiento prestado por la entidad vendedora aquí recurrente, a dicha declaración ha de estarse [...] Para que pueda ser apreciado el error invalidante del consentimiento es necesario que el mismo sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga y, además, inexcusable [repárese en que debiera haberse dicho “excusable”] [...] circunstancias que no se dan en el presente caso, pues, aparte de no ser sustancial el error que pueda haber existido sobre la forma en que se haya

rio, menor, cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto»<sup>17</sup>.

---

de realizar el pago del precio de una compraventa, en la que hubo pleno consentimiento y acuerdo de las partes sobre la cosa vendida y el precio de la misma, el establecimiento de la cláusula segunda de dicho contrato, en la que se dice que el resto del precio [...] lo pagaría la compradora por medio de trabajos realizados en su estudio-taller de cerámica, fue debido exclusivamente a la entidad vendedora, que lo estampó de puño y letra por medio de su representante legítimo, el cual, dada su dedicación profesional al negocio de venta de apartamentos, debía saber que el establecimiento de dicha cláusula hacía imposible la aplicación simultánea de la cláusula tercera, por la incompatibilidad existente entre ambas».

<sup>17</sup> STS de 18 de febrero de 1994, *loc. cit.*, p. 664.

La STS de 4 de enero de 1982, *loc. cit.*, pp. 42 ss., apreció con menor rigor la diligencia exigible a la víctima del error, por no ser ésta perita en el sector económico al que el objeto del contrato venía referido. Mediante contrato preparatorio, contenido en documento privado de 9 de noviembre de 1976, la actora recurrida y la demandada recurrente, «Obra Misionera de Empresas Sociales Ekumene», convinieron en que la primera se comprometía a vender a la segunda, quien asumió el compromiso de adquirirlos, un conjunto de elementos de diversa índole («terreno, edificaciones, vehículos, utillaje, licencias fiscales y de elaboración, etc.»), constitutivos de una empresa en actividad dedicada a la explotación de un «manantial de aguas minero-medicinales». En tal negocio de promesa la recurrida concedió a la recurrente el plazo de tres meses (luego ampliado en la práctica a cinco) para que pudiera constatar la buena marcha del negocio. Con fecha de 9 de abril de 1977 fue otorgado el contrato de compraventa de la unidad industrial referida, estipulándose que una vez entregada la industria, la vendedora no se hacía responsable de los deterioros o desperfectos que se puedan ocasionar y «del mismo modo tampoco se responsabiliza de que por las condiciones meteorológicas, el manantial de aguas minero-medicinales sufriese merma o cambiasen sus cualidades o propiedades actuales». A pesar de que la Jefatura Provincial de Sanidad de Valladolid, en documento de 13 de febrero de 1977, que la vendedora facilitó a la entidad compradora, calificó el manantial de «potable bacteriológicamente», posteriores análisis realizados por el mismo organismo oficial, con tomas de muestras hechas el 13 de abril de 1977, esto es, a los cuatro días del otorgamiento del contrato de compraventa, dieron «en todos los casos un resultado antagónico con aquél, con la rotunda declaración de que el manantial ha de ser conceptuado de “no potable bacteriológicamente”». Practicados nuevos análisis del agua por decisión de la compradora recurrente, la no potabilidad fue corroborada de manera categórica en los aspectos químico y bacteriológico, y ante la evidencia de la contaminación, la entidad compradora, por medio de acto de conciliación y acudiendo a la vía notarial, hizo saber a la vendedora su decisión de resolver el contrato. La entidad vendedora desatendió los requerimientos extraprocesales de la compradora para alcanzar el desistimiento bilateral de lo pactado, entablado demanda por la que instaba la elevación a escritura pública del documento de 9 de abril de 1977 y la condena de Ekumene al pago de las cantidades aplazadas y vencidas. A su vez, la demandada formuló reconvencción pretendiendo la declaración de nulidad del contrato de compraventa «por error esencial en el consentimiento y dolo de la vendedora, con reintegro de las prestaciones y la indemnización de daños y perjuicios». En primera instancia, la demanda fue desestimada, siendo, en cambio, acogida la reconvencción por el vicio alegado, pero descartándose la concurrencia de dolo causante y la indemnización solicitada; en el segundo grado, la Audiencia llegó a la solución contraria, por entender «que son “inoperantes por completo las pruebas periciales que tienden a demostrar “a posteriori” tales defectos de las aguas y la inexistencia de un manantial, que a simple vista podía observarse”, por lo que la compradora ha incurrido en error inexcusable, ya que “pudo obtener todos los análisis precisos para determinar la calidad de las aguas, lo que no hizo en el plazo que tuvo para ello, por lo que no puede invocar la existencia de un error de consentimiento, que en todo caso sólo sería debido a no haber utilizado toda la diligencia precisa para evitar incurrir en el supuesto error en la sustancia”, llegando así a la estimación de la demanda y a la repulsa de la reconvencción». Contra la sentencia de la Audiencia, la entidad compradora interpuso recurso de casación en el que denuncia, como motivo tercero, violación, por no aplicación, de los artícu-

El otro fundamento jurídico de la doctrina jurisprudencial de la excusabilidad es el principio de la buena fe, que obliga a valorar desde el ángulo de la *bona fides* y de la confianza<sup>18</sup>, no sólo la conducta del declarante, sino también la del destinatario de la declaración de voluntad. Y ello, porque como afirma el Tribunal Supremo, «la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esta protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración»<sup>19</sup>.

De donde resulta, que las nociones de error negligente y error inexcusable no son equivalentes: un error negligente puede llegar a ser excusable, cuando el interés del destinatario a la conservación del negocio no es digno de protección, porque la declaración del impugnante no ha suscitado en él una confianza legítima y razonable respecto de la validez del contrato. En particular: a) si conocía el error del declarante y no se lo

---

los 1261, 1265 y 1266 del Código Civil, alegándose en la impugnación que «si a la compradora le fue ofrecida por la vendedora un manantial de aguas minero-medicinales en perfectas condiciones de potabilidad y sin trabas administrativas, manifiesto resulta que al ser declaradas no aptas para el consumo humano y clausurada la explotación a los pocos días de celebrado el contrato, “la Obra Misionera Ekumene” adquirió la clara conciencia del error sustancial a la que había sido inducida por la propietaria vendedora, sea o no con intención dolosa». El Tribunal Supremo desestimó el recurso considerando nulo el contrato de compraventa por error esencial y excusable: «Considerando [...] incontrovertible, por lo dicho, la incidencia del error sobre la razón misma del negocio por las partes celebrado, queda por examinar la discutida concurrencia del requisito de la excusabilidad, que el Tribunal “a quo” rechaza para llegar a la estimación de la demanda, desatendiendo el pedimento reconvenicional; elemento que la jurisprudencia exige, pese al silencio del Código Civil [...] aunque sí mencionado en el campo del Derecho foral (Ley 19, párrafo segundo del Fuero Nuevo de Navarra), y por lo tanto, negando al error eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1.484 “in fine” para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (artículo 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad comercial le impone al enajenante el deber de informar [...] Considerando que tal propuesta de la excusabilidad, suplido en Códigos modernos por el de la cognoscibilidad atribuida al otro contratante (así, el italiano de 1942 artículos 1.428 y 1.431) debe ser apreciado en el presente conflicto, atendidas sus particularidades, que han de ser ponderadas desde el ángulo de la “bona fides” y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico; puesto que la “Obra Misionera Ekumene”, carente de una preparación específica en ese linaje de actividades industriales, no obtuvo la entrega de la empresa enajenada hasta la fecha del contrato definitivo, limitándose en los meses anteriores a recibir aprendizaje en el desenvolvimiento de la explotación, y no podrá decirse que desatendió la diligencia media al abstenerse de ordenar aforos del caudal y sobre todo conceder plena credibilidad respecto a la bondad de las aguas, al basarse racionalmente para tal creencia en el documento librado por la Jefatura Provincial de Sanidad de Valladolid, con antigüedad que no llegaba a los dos meses en la fecha de dar su definitivo consentimiento para el otorgamiento del contrato, calificando el manantial de “potable bacteriológicamente”, lo que no fue obstáculo para la enérgica prohibición del consumo humano poco tiempo después».

<sup>18</sup> Cfr. STS de 4 de enero de 1982, *loc. cit.*, p. 55.

<sup>19</sup> STS de 18 de febrero de 1994, *loc. cit.*, p. 664.

manifestó, asumiendo el riesgo de una eventual anulación<sup>20</sup>; b) cuando es el propio destinatario quien con su conducta provocó el error y ello,

---

<sup>20</sup> De donde se desprende que el error originado por la retención dolosa del destinatario es excusable, «porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo, so pretexto de la confianza ajena, calificando ésta de ingenuidad ("simplicitas"), como si el Derecho debiera ser más protector de los astutos que el defensor de los confiados» (STS de 26 de octubre de 1981, *loc. cit.*, p. 758) y porque «si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al transmitente el deber de informar» (STS de 4 de enero de 1982, *loc. cit.*, p. 55). En tal supuesto podríamos encontrarlos, en puridad, en una hipótesis de dolo, encuadrable en el artículo 1269 del Código Civil. Pero, en todo caso, parece que hay que excluir de las consideraciones realizadas aquellas conductas que constituyan un mero *dolus bonus* (p. ej. el supuesto del vendedor que exalta las cualidades de los productos de manera exagerada, pero reconocible por cualquier persona de mediana inteligencia, y máxime por una persona perita; así, la STS de 12 de junio de 1982, *loc. cit.*, p. 838, considerado como un supuesto de *dolus bonus*, la afirmación por parte de quien pretendía la edición de un libro de que se «vendería de forma masiva»; el Tribunal Supremo estimó «razonable que quien pretende como autor o colaborador publicar un libro esté convencido de su valor y así lo ponga de manifiesto al que lo ha de editar»; por otra parte, el hecho de que quien alegaba el error fuera un editor especializado en la materia sobre la que versaba la publicación hizo que el Supremo estimara que el demandante había concertado lo que «convenía a sus intereses siguiendo las más elemental diligencia de quien conviene en la edición de una obra por su profesión de editor»).

En la STS de 26 de octubre de 1981, *loc. cit.*, pp. 743 ss., el tema propuesto en las instancias y resuelto por las respectivas sentencias, reside en la acción de nulidad de un contrato verbal de compraventa entre «Industrias Abella, S. A.» y «Nutrimax, S. A.», como compradoras, y «Unión Alimentaria Sanders S. A.», como vendedora, ésta como dueña del negocio o empresa de la «S. A. Matadero Frigorífico Asturiano (MAFRASA)», «mediante la transmisión de la totalidad de las acciones de esta última, entre cuyos elementos patrimoniales figuraba el terreno o porción de monte de cuatro hectáreas en discusión, verdadero motivador del pleito entre las partes, singularmente porque las sociedades compradoras mantenían y mantienen que no figuraba tal terreno en el patrimonio de la sociedad vendedora, al estar integrado en un monte público, según Orden Ministerial de 23 de abril de 1971, extremo ocultado a las compradoras, quienes por ello sostuvieron la nulidad de la compra por dolo eficiente o causante, tesis que fue admitida por la Sentencia impugnada al declarar la nulidad del contrato, confirmatoria de la del Juez de Primera Instancia, bien que con la salvedad de rebajar sustancialmente el "quantum" de la petición de daños y perjuicios a cargo de las vendedoras». Ambas partes interpusieron sendos recursos de casación; las sociedades compradoras, por lo que respecta a la minoración del *petitum* económico aludido y la vendedora en cuanto a la totalidad del fallo recaído, por sostener la licitud del negocio habido entre ellas. Interesa, aquí, el segundo de dichos recursos, en cuyo primer motivo, la sociedad vendedora alegaba aplicación indebida del artículo 1270 del Código Civil, en relación con los artículos 1265, 1269 y 1300 del Código Civil, con la pretensión de demostrar que el dolo que se le reprochaba, «de no haber informado correctamente a las otras partes, está invalidado o enervado por el conocimiento que las compradoras tengan de la situación jurídica del terreno en cuestión, conocimiento presumible en virtud de la constancia en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva ordenada por la administración al amparo del artículo 11, ap. 2.º de la Ley de Montes, relativa a un deslinde que afectaba a la situación del terreno discutido, como presuntamente incluido en monte público, lo que viene a indicar —siempre según la recurrente— que las compradoras no podían alegar ignorancia, error inducido o al menos la buena fe exigible como componente de una situación psicológica de víctima inocente en la contratación, que les legitimara para entablar la acción de nulidad, dado que, ante la maniobra de dolo reticente que pudiera ser la del caso, debiera haber reaccionado con la exigible diligencia, como pudo hacer sin más que acudir al Registro, o bien actuar diligentemente, en vista de su error evitable —pudo conocer y no lo hizo». El Tribunal Supremo consideró que tal motivo no podía prosperar porque «la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso se habla de "candidez"); es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad ("sim-



plicitas”), como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y ahí, sí que “vigilantibus non durmientibus iure succurrunt”) como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública [...] En fin, porque, consecuentemente, no se puede tildar a la sentencia recurrida de indebida aplicación del artículo 1270 del Código Civil, primero, porque su calificación de dolo grave o causante es correcta, y correcta también su no estimación de conducta pareja en las compradoras, lo uno porque la maquinación descrita les indujo a contratar y pagar el precio, y lo otro, porque así se deduce y resulta de la actitud de aquéllos, no implicativa ni de error inexcusable ni de mala fe, todo ello aparte de recaer la maquinación en una parte fundamental del patrimonio social objeto del contrato».

Interesante me parece la reciente STS de 14 de febrero de 1994, *loc. cit.*, pp. 503 ss., que conoció del siguiente supuesto de hecho: en virtud del correspondiente contrato de arrendamiento, dos cónyuges venían siendo arrendatarios de un local comercial en el que explotaban un negocio denominado «Bar Grand Prix»; con expresa autorización del arrendador-propietario, los arrendatarios traspasaron a un tercero el local aludido, mediante contrato verbal; posteriormente, se formalizó contrato de arrendamiento por escrito entre el propietario y el adquirente del traspaso. Con base en estos antecedentes, el adquirente del traspaso demandó la nulidad de ambos contratos (el de traspaso y el de arrendamiento del local), alegando haber padecido un error sustancial, «pues estaba en la creencia de que podría dedicar dicho local a la actividad de “bar” y luego había comprobado que los aludidos esposos, que la estaban ejerciendo, carecían de licencia municipal para el ejercicio de la misma» y «que, además (se decía en la demanda), el Ayuntamiento no la autorizaba». La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda. En el correspondiente recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Audiencia dictó sentencia, por la que confirmó la de primera instancia, en cuanto a la desestimación que ésta hizo de la petición de declaración de nulidad del contrato de arrendamiento celebrado con el propietario. La Audiencia revocó, en cambio, parcialmente la sentencia de primera instancia, declarando nulo el contrato de traspaso del local de negocio, por entender que el actor, al celebrarlo, había padecido un error esencial, «pues estaba en la creencia de que en el local traspasado podía ejercer la actividad de bar y luego comprobó que los esposos arrendatarios (transmitentes del traspaso) carecían de la licencia municipal exigible para ello, sin que exista la posibilidad de obtenerla, y, además de esencial, es un error excusable, por cuanto contrató confiando en que los aludidos esposos venían ejerciendo dicha actividad en el local e incluso el rúlo de establecimiento figuraba como “Bar Grand Prix”»; y si a ello se añade que «el actor era hasta el momento del otorgamiento ajeno a las actividades de hostelería, pues era pintor, y que le unía cierta confianza con el demandado [...] ninguna actividad posterior le era exigible para aclarar una realidad objetiva que no precisaba, por ello, dilucidarla, pues muy al contrario, vistas esas apariencias, o mejor dicho realidades, los traspasantes debieron advertir al actor de las características de la licencia antes de principiar, mediante el traspaso, el ejercicio de una actividad comercial que podría resultar inviable tras inspección de la autoridad municipal; y aunque se estimara que hubo cierta dejadez en el actor, adquirente del traspaso, tal conducta no ha sido exclusivamente suya, sino que, en virtud del principio de buena fe contractual, concurre mayor negligencia, rayante con el dolo civil en los demandados traspasantes, sin que el hecho de que pudiera estar a la vista la licencia, lo cual no consta fehacientemente, pueda enervar la excusabilidad dadas las circunstancias que se vienen examinando». Contra la sentencia de la Audiencia se interpusieron sendos recursos de casación: el de los cónyuges demandados, orientado a combatir el pronunciamiento por el que la sentencia recurrida declaraba la nulidad del contrato de traspaso, y el del demandante-adquirente del traspaso, dirigido a impugnar el pronunciamiento de dicha sentencia, por el que declaraba no haber lugar a la nulidad del contrato de arrendamiento. Interesa, aquí, el primero de dichos recursos, en cuyo motivo tercero, los recurrentes denunciaban aplicación indebida de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, alegan-

do que el error padecido por el actor no era esencial, ni excusable. El Tribunal Supremo rechazó tal motivo, realizando interesantes consideraciones a propósito del requisito de la excusabilidad: «Para que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo 1.º del artículo 1266 del Código Civil, pueda ser determinante de la invalidación del respectivo contrato [...] ha de reunir estos dos fundamentales requisitos: a) que sea esencial [...] y b) que, aparte de no ser imputable al que lo padece (lo que se halla subsumido en lo que seguidamente se dice), el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta [...] es decir (y aunque es frecuente, incluso por algunas Sentencias de esta Sala, incidir en una confusión meramente terminológica, aunque no conceptual, al utilizar el adjetivo calificativo apropiado a dicho requisito), que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció. Los expresados requisitos (esencialidad y excusabilidad del error) concurren en el presente supuesto litigioso, como acertadamente ha entendido la Sentencia recurrida, ya que, por un lado, el actor [...] al decidirse al celebrar el contrato verbal de traspaso a que se refiere este litigio, lo hizo con la finalidad, no ya primordial, sino única, de dedicar el local a bar, habiendo conocido posteriormente que no podía hacerlo, pues los transmitentes del traspaso, aunque la venían ejercitando, carecían de licencia municipal, para el ejercicio de dicha actividad, cuya licencia cuando menos, presentaba serias dificultades administrativas para su posterior obtención, y, por otro lado, el referido error, además de esencial, también es excusable (en el ya dicho sentido de “no evitable” mediante una diligencia normal del que lo padeció), pues éste, que era pintor de brocha gorda de profesión, celebró el contrato en la confianza de que existía licencia municipal para el ejercicio de la actividad de bar, cuando los transmitentes del traspaso la venían ejerciendo ostensiblemente y, además, el establecimiento ostentaba el rótulo de “Bar Grand Prix”, ante cuyas aparentes circunstancias eran los referidos transmitentes, por exigencias de la buena fe comercial, los que debieron advertir previamente al Sr. Ubasos Rincón, al iniciar las negociaciones, que el local, sólo tenía licencia municipal para la actividad de “venta y degustación de especialidades alimentarias”, cuya elemental y trascendente advertencia no hicieron». Con los mismos argumentos rechazó el Supremo el motivo cuarto del mismo recurso, que denunciaba infracción de la Ley 19,II del Fuero Nuevo de Navarra, a cuyo tenor, no podrá alegarse el error inexcusable, de hecho o de Derecho, reiterando que el error enjuiciado era esencial y excusable. Mejor suerte corrió el recurso presentado por el demandante contra la sentencia de la Audiencia, en cuanto declaraba no haber lugar a la declaración de nulidad del contrato de arrendamiento, siendo resuelto favorablemente por el Tribunal Supremo, que entendió, que, dada «la íntima y consustancial interconexión» existente entre el traspaso y el subsiguiente e inmediato de arrendamiento, ambos contratos debían recibir un mismo tratamiento, «de tal modo que declarada la nulidad del contrato de traspaso (por error esencial y excusable), ella ha de acarrear también la nulidad del contrato de arrendamiento»

La excusabilidad del error doloso puede también apoyarse, según observan Díez-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8.ª ed., Madrid, 1995, p. 499, en la STS de 23 de mayo de 1935, *loc. cit.*, p. 158, así como en las SSTS de 27 de octubre de 1951, *J. Civ.* 1951, t. XXI, julio-octubre, pp. 688 ss., y 16 de noviembre de 1956, *J. Civ.*, 1956, t. LIII, noviembre, pp. 509 ss., que abordan el problema de la divergencia consciente entre voluntad real y declarada y dan prevalencia a la voluntad real, dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe. Y por tales se entiende (explícitamente, en la primera sentencia, e, implícitamente, en la segunda) quienes desconocían la simulación absoluta o relativa.

La STS de 27 de octubre de 1951, *loc. cit.*, consideró la cuestión de la discrepancia entre voluntad real y declarada: discrepancia consciente, porque se trataba de un caso de simulación absoluta y no de error obstativo. El supuesto de hecho era el siguiente: un principal había otorgado escritura pública en la que, mediante contrato simulado, vendía a su gerente las mercancías y existencias que se hallaban en el establecimiento mercantil; la escritura contenía una estipulación accesorias en cuya virtud el vendedor subrogaba

a la compradora en el arrendamiento de los locales ocupados por el negocio. Con posterioridad, la compradora celebró un nuevo contrato de arrendamiento con el propietario del local. El vendedor formuló demanda en la que solicitó la declaración de nulidad del contrato simulado de compraventa de mercancías y de subrogación de derechos de arrendamiento del local (alegaba que la demandada no había admitido nunca la eficacia de la escritura pública de compraventa, pues con posterioridad a su otorgamiento había seguido regentando el establecimiento a nombre de su legítimo propietario y principal) y, en consecuencia, solicitaba, así mismo, la nulidad del nuevo arrendamiento celebrado entre la compradora y el propietario. El demandante obtuvo sentencia completamente favorable en primera instancia, pero, como quiera que la Audiencia revocara parcialmente la sentencia del juzgado, interpuso recurso de casación, entre otros motivos, por violación de los artículos 1261, 1274 y 1275 del Código Civil y por aplicación indebida de los arts. 1445 y 1500 del Código Civil (motivo segundo). Sostenía el recurrente la simulación del contrato de compraventa: «el vendedor no se desprendió del objeto que se supuso vendido ni la compradora adquirió la propiedad del mismo, ya que, por el contrario, continuó actuando como Apoderada del propietario y supuesto vendedor»; concurría, pues, una «clara simulación destinada a aparentar una compraventa que, en realidad, nunca existió». En el motivo tercero, invocaba violación e interpretación errónea, entre otros preceptos, del artículo 1261 del Código Civil, dado que —según él expone—, demostrada la inexistencia radical y originaria del contrato de compraventa y de subrogación de derechos arrendaticios, era evidente que no podía tener eficacia ni validez el segundo contrato de arrendamiento concertado entre la aparente compradora y el propietario: el demandante no había dejado de ser arrendatario en ningún momento, «continuaba en la posesión del objeto arrendaticio y no podía, por tanto, celebrarse un nuevo arrendamiento sobre lo que constituía el objeto mismo de otro anterior subsistente». El Tribunal Supremo estimó el segundo de los motivos del recurso, entendiendo que la intención de la voluntad de los otorgantes de la escritura no «fue la de celebrar una compraventa de las existencias del establecimiento, sino la de crear una apariencia de la misma» (el Supremo sienta, como doctrina de la Sala, que la discordancia entre la voluntad de los contratantes y sus declaraciones, pese a la ausencia de regulación expresa en nuestro Código Civil, debe resolverse dando preferencia a la voluntad real sobre la declarada; invoca, al efecto, la tradición del Derecho Canónico, la Sentencia de 23 de mayo de 1935 y diversos artículos del Código Civil: 673, 675, 1265, 1281); sin embargo, desestimó el motivo tercero, porque, si bien admitió que la compraventa era simulada, y que dicha simulación determinaba la nulidad de la subrogación de la compradora en los derechos arrendaticios del vendedor, hizo la siguiente precisión: «tal simulación no puede ser invocada por uno de los autores de la misma frente a un tercero de buena fe, ajeno a aquella simulación y que, creyendo existente y real el contrato, convino con la persona que en el mismo aparecía por compradora de las existencias y cesionaria de los derechos arrendaticios un nuevo arrendamiento».

La STS de 16 de noviembre de 1956, *loc. cit.*, contempló nuevamente un supuesto de divergencia consciente entre voluntad real y voluntad declarada, aunque el supuesto de hecho no venía referido a una simulación absoluta, sino relativa: con el fin de eludir el pago del impuesto sucesorio, la propietaria de diversas fincas rústicas había vendido la nuda propiedad de las mismas a las personas que la atendían y con quienes convivía por un precio notablemente inferior al de mercado (tres veces inferior al valor catastral). Por lo tanto, la escritura de compraventa encubría una auténtica donación (si pensamos en la fecha de la sentencia, es fácil deducir que el precio de la escritura habría de ser muy inferior al real). La vendedora no había previsto que varios de los bienes vendidos estaban sujetos al retracto de abalorio, de lo cual se aprovechó el titular de dicho derecho (sobrino carnal, en tercer grado, de la vendedora), con evidente mala fe, para intentar adquirir los bienes a un precio irrisorio. La acción del retrayente fue desestimada en las dos instancias. Con posterioridad, el retrayente interpuso recurso de casación, en cuyo motivo segundo denunciaba interpretación errónea del artículo 1276 del Código Civil, invocando a su favor la teoría de la apariencia: «el actor que fue tercero y extraño en el negocio disimulado concluido, sólo puede guiarse por la apariencia; y como para él sólo existe una compraventa debe ser amparado en el ejercicio del derecho

aunque tal conducta no pueda ser calificada como dolosa o culpable<sup>21</sup>. En tales hipótesis sería contrario a la buena fe que la aplicación indiscri-

---

que ostenta». El Tribunal Supremo desestimó tal motivo, pronunciándose en los siguientes términos: «si ciertamente la apariencia con que un negocio nace al exterior puede justificar el ejercicio de un tercero de acción pertinente para obtener de tal negocio consecuencias jurídicas a su favor, también es cierto que no en todos los casos sea forzosa la determinación de la eficacia jurídica de la acción ejercitada en tales condiciones, como ocurre en el caso presente, en que surgidas al exterior unas escrituras de compraventa de ciertos bienes, en ningún momento se negó al tercero, que era el actor, la facultad de ejercitar la acción de retracto de abalorio sobre ellos, de que se creía asistido, y de ahí que la apariencia proteja al tercero pero si sometido a discusión el negocio jurídico referido se declara por quien tiene facultad para ello, que en él, pese a su apariencia, no hay compraventa sino donación, como esta declaración no afecta sólo a los contratantes que no litigaban entre sí, sino que se pronuncia “erga omnes”, y en tanto queda subsistente afecta por ello al tercer litigante, el actor ahora recurrente, y produce la improcedencia de la acción ejercitada, que si se da respecto a la compraventa no es pertinente en cuanto a la donación». Esta sentencia, a mi entender, es más importante por el resultado al que llega, que por la argumentación utilizada, viniendo a exponer la tesis de la protección de la voluntad real frente a la declarada, y que sólo cuando un tercero de buena fe ha confiado razonablemente en la apariencia viene a menos la voluntad real (en el supuesto, el tercero, titular del derecho de abalorio tenía una mala fe evidente, pues no podía desconocer los vínculos afectivos entre los contratantes y lo irrisorio del precio).

<sup>21</sup> Cfr. la STS de 18 de febrero de 1994, *loc. cit.*, p. 665, de la que se desprende que el error es excusable, si la equivocación del declarante es producida por la conducta de la otra parte, incluso aun cuando esta última no haya incurrido en dolo o culpa. Para apreciar la diligencia exigible, observa el Tribunal Supremo, habrá que apreciar, entre otras circunstancias, «si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa». El supuesto de hecho era el siguiente: el vendedor de un local comercial demandaba a los compradores la elevación a escritura pública de un documento privado de compraventa, así como el pago de la parte del precio que, según contrato, debía ser entregada al tiempo del otorgamiento de la escritura. Los demandados se opusieron a tal pretensión y formularon reconvencción, solicitando la anulación del contrato, al amparo del artículo 1266 del Código Civil, «por cuanto que el local adquirido, no se pudo destinar a supermercado —cual era la intención de los mismos—, por haberse denegado la correspondiente licencia por el Ayuntamiento», ya que siendo el local un semisótano, según la normativa vigente, no podía ser destinado a local comercial, sino, solamente, a almacén, cuando en la planta baja se despachara al público. El juzgado de primera instancia estimó la demanda del vendedor, entendiendo que el error de los compradores, aun siendo esencial, debía ser calificado como inexcusable, por lo que no cabía apreciar el contenido de la reconvencción (deducía la inexcusabilidad del error de la existencia de conversaciones previas entre los compradores y el actor, que —según se afirma— «tenían por objeto la futura instalación de un supermercado» y que «por tanto debieron y pudieron cercionarse de cuál era la situación del inmueble antes de comprarlo», por lo que «se trata de un error que no es imputable a los demandados, pero sí son ellos los que deben sufrir las consecuencias de la falta de diligencia que les era exigible»). En segunda instancia se revocó la sentencia del juzgado y se estimó la reconvencción de los compradores. La Audiencia se pronunció en favor de la inexcusabilidad del error. Observó, así, que «nos encontramos ante un error inducido, provocado, próximo al dolo, que fue la manifestación de la parte (promotor y constructor del edificio, que debía conocer sobradamente) que lo que se vendía era un local comercial, como efectivamente se hizo constar en el contrato; que ello indujo al comprador a adquirirlo, depositando en el vendedor una confianza que se demostró inmerecida, por lo que no cabe calificar de inexcusable, atendiendo a la circunstancia del importe en que se valoró dicho local, por lo que, se concluye, no se trata aquí de si el local reunía las características necesarias para el tipo de negocio que el comprador pensaba instalar, sino de la característica esencial de si la cosa vendida era efectivamente lo que figuraba en el contrato, punto acerca del cual la falsedad de la afirmación del vendedor no es pre-

minada del principio de responsabilidad privara a la víctima del error del derecho a demandar la tutela de su consentimiento *ex* artículos 1265 y 1.266 del Código Civil.

Pero, junto a los supuestos mencionados, cabría considerar el caso en que el destinatario pudiera haber descubierto el error mediante el uso de una normal diligencia, solución ésta que parece tener apoyo en la posición de un autorizado sector de la doctrina, que, por influencia de la legislación italiana, utiliza la noción de «recognoscibilidad» para referirse a la necesidad de valorar en el juicio de invalidez la concreta diligencia desplegada por el destinatario en orden al descubrimiento del error. Si el recurso a tal noción es posible e, incluso, útil desde la perspectiva del efecto pretendido, es lo que me propongo examinar en este breve trabajo.

### III. LA RECONOSCIBILIDAD DEL ERROR EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA ESPAÑOLA

En la doctrina que ha acogido el requisito de la recognoscibilidad como una exigencia de la necesidad de tutelar la confianza del destinatario en la declaración ajena es posible distinguir dos tesis distintas, según que conciban el requisito de la recognoscibilidad, como, excluyente, o, por el contrario, como conciliable con el de la excusabilidad.

---

visible, pues el engaño roza incluso el ilícito penal». Contra la sentencia de la Audiencia el vendedor interpuso recurso de casación, alegando, como primer motivo, infracción de la doctrina legal sobre el error, afirmando que el error era inexcusable, porque «los demandados [dos industriales y un empleado de banca] no pusieron la diligencia adecuada para celebrar el negocio, pues lo cierto es que antes de comprar el local pudieron y debieron acudir al Ayuntamiento [...] y ver si era posible o no instalar en el local un supermercado; que, sin embargo, suscribieron un contrato por el que compraban un local comercial semisótano, sin preocuparse de si el local podía destinarse a supermercado». El Tribunal Supremo desestimó el recurso, entendiendo que debía prevalecer la recta calificación de la Audiencia, conforme a la cual el error era esencial y excusable: «aun cuando la exigencia de la excusabilidad del error, no aparece recogida en el artículo 1266 del Código Civil, en el caso de Autos hay que tener en cuenta, que la equivocación, por así decir, o el desvío en la omisión de su consentimiento, por parte de los compradores, se deriva de la misma conducta del vendedor, que indujo, o provocó con su actitud (próxima al dolo), la venta de un local comercial, cuando le constaba que no se podía destinar al citado destino [...] no se trata aquí de si el local reunía las características necesarias para el tipo de negocio que el comprador pensaba instalar, sino de la característica esencial de si la cosa vendida era efectivamente lo que figuraba en el contrato», «lo que en caso alguno ocurrió, pues es obvio que la resolución del Ayuntamiento sólo permite dedicar el inmueble a “almacén”, que obvio es, no se identifica con “local comercial”, por lo que la entrega de “aliud pro alio” resplandece; que ello, además, determina un depósito de confianza por parte de los compradores en la persona del vendedor, de lo cual, se concluye en la inexcusabilidad para los mismos en la verificación de tal error, con lo cual, la calificación que se hace en el caso de Autos, de un error esencial, invalidatorio del consentimiento, por haber acontecido es error inexcusable para los sujetos del mismo, determinará, pues, las consecuencias previstas de la nulidad de los artículos 1300 y demás concordantes del Código Civil»

a) Un sector de la doctrina<sup>22</sup> supedita la relevancia invalidatoria del error a la concurrencia de las notas de excusabilidad y reconocibilidad, de modo que «el error que sufre una parte pueda ser reconocido por la otra usando de una diligencia normal», en cuyo caso, esta última «tiene que soportar luego la impugnación solicitada por quien sufrió el error, puesto que, al poder reconocerlo, no sufre menoscabo la confianza puesta en la declaración de la otra parte» (en apoyo de tal tesis cita las SSTS de 5 de marzo de 1960 y de 30 de septiembre de 1963). Sin embargo, partiendo de este inicial planteamiento, conforme al cual excusabilidad y reconocibilidad parecen conciliables, llega a conclusiones más radicales, propugnando la sustitución del requisito de la excusabilidad por el de reconocibilidad: «el requisito de la reconocibilidad —establecido en función de la tutela de la confianza— funciona en la práctica de una manera negativa, puesto que si el error es reconocible y no se reconoce por negligencia es cuando hay lugar a la impugnación y no se protege la confianza. Ahora bien, a través de este mecanismo, lo que ocurre es, ni más ni menos, que el requisito de la excusabilidad se traslada del que yerra al otro contratante (el no darse cuenta del error ajeno tiene que ser, para él, excusable). Por eso, si se exige la reconocibilidad del error, no parece necesario establecer también su excusabilidad» (de dicha exigencia exceptúa los supuestos de error común y de error efectivamente reconocido)<sup>23</sup>.

b) Otro sector doctrinal<sup>24</sup> propugna la tesis según la cual los requisitos de excusabilidad y «reconocibilidad» serían conceptualmente compatibles, apareciendo, incluso, como nociones complementarias. El eje del razonamiento parte de la premisa de que la problemática del error debe ser abordada saliendo del estrecho marco de la teoría del consentimiento, para atender a la justa o injusta lesión de los intereses en juego: «Situado el problema del error contractual en el terreno de los intereses de las partes y en el de la justicia o injusticia de la vinculación contractual [...] habrá que ponderar para llegar a una u otra solución una serie de circunstancias». Entre tales circunstancias, enumera el autor la excusabilidad, pero también la «reconocibilidad», afirmando que «resulta necesario examinar la situación del contratante contrario», para lo que habrá «que ponderar si el error era para él reconocible [...] si pudo y debió actuando diligentemente reconocerlo y desvanecerlo y cuál fue la confianza que la declaración de su contrario suscitó en él respecto de la validez del contrato».

A la vista de lo expuesto, surge el problema de dilucidar si la noción de reconocibilidad, que tiene un preciso significado técnico en la doctrina científica y en el derecho comparado (cfr. art. 1431 del Código Civil italiano), puede ser recibida en nuestro ordenamiento, bien como un

---

<sup>22</sup> LUNA SERRANO, «La voluntad negocial y sus vicios...», cit., pp. 180-181.

<sup>23</sup> LUNA SERRANO, «Los vicios del consentimiento contractual...», cit., p. 73. Tal posición había sido defendida previamente en nuestra doctrina por BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho Civil*, t. I, *Parte general*, Madrid, 1959, pp. 669-670.

<sup>24</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial...*, cit. vol. I, pp. 176-178.

requisito sustitutivo de la excusabilidad, bien como un requisito adicional y cumulativo a aquél. La resolución de la cuestión planteada exige la previa labor de averiguar el exacto concepto de reconocibilidad, para lo cual es preciso el recurso al método comparado y, más concretamente, al Derecho italiano, el cual sanciona y define dicho requisito<sup>25</sup>.

#### IV. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL REQUISITO DE LA RECONOSCIBILIDAD (ESTUDIO DEL ART. 1431 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO)

La exacta comprensión del significado y alcance del requisito de la reconocibilidad sólo es posible, si se tiene presente el tratamiento doctrinal y jurisprudencial del error bajo la vigencia del anterior *Codice* de 1865, que, conforme a los postulados voluntaristas característicos de las legislaciones latinas del siglo pasado, no acogió el requisito de la excusabilidad del error, exigiendo exclusivamente su carácter esencial. Algunos autores permanecieron fieles a los esquemas voluntaristas que presidieron la regulación jurídico-positiva del error, observando que la ley no establecía límites a los efectos invalidantes del error esencial, y que, siendo éste un vicio del consentimiento, el dogma de la voluntad imponía su admisión, sin que hubiera lugar a examinar la cuestión de su excusabilidad<sup>26</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia<sup>27</sup> y la doctrina mayoritaria<sup>28</sup> se mostraron proclives a limitar la relevancia invalidante del error a los supuestos en que éste pudiera ser calificado como excusable.

El estado de la cuestión en la actual legislación italiana es muy diverso al expuesto, porque el actual *Codice* de 1942, apartándose de los consolidados precedentes doctrinales y jurisprudenciales, no ha acogido el requisito de la excusabilidad. El artículo 1428 del Código Civil italiano subordina la relevancia invalidatoria del error al doble requisito de la esencialidad y reconocibilidad, precisando el artículo 1431 que el error

<sup>25</sup> En este trabajo me refiero, exclusivamente, a la reconocibilidad como requisito para la relevancia invalidatoria del error contractual. Lo que no es óbice para constatar que en otros ordenamientos jurídicos la posibilidad de reconocimiento del error por el destinatario es tomada en cuenta para excluir la indemnización que, en su caso, debe satisfacer el impugnante culpable (cfr. artículo 26.I del Código suizo de las obligaciones) o todo impugnante (cfr. §122.II BGB).

<sup>26</sup> Así, FUBINI, Voz «Errore (en materia civile)», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica italiana* (dir. P. S. Mancini), vol. V, parte II, Milano, 1906, pp. 440-445; PIOLA, Voz «Errore (civile)», en AA. VV., *Il Digesto italiano* (dir. L. Lucchini), vol. X, Torino, 1895-1898, pp. 529-530.

<sup>27</sup> Cfr., entre las últimas decisiones dictadas al amparo de la anterior legislación, Cass. de 3 de marzo de 1939, *Rep. Foro it.*, 1939, voz *Obbligazioni e contratti*, núm. 93; Cass. de 15 de febrero de 1943, *Giur. it.*, 1943, I, 1, p. 200.

<sup>28</sup> Cfr. DE CUPIS, *La scusabilità dell'errore nei negozi giuridici. Con particolare riferimento ai contratti*, en *Monografie de «Il foro della Lombardia»*, *Studi di diritto civile, commerciale e processuale civile* (dir. F. Messineo y M. T. Zanzucchi), vol. XVII, Padova, 1939.

se considera reconocible cuando, en relación al contenido, las circunstancias del contrato o las cualidades de los contratantes, una persona de normal diligencia habría podido conocerlo.

La doctrina italiana ha entendido que la reconocibilidad ha venido a sustituir a la excusabilidad<sup>29</sup>. Pero, en realidad, creo que es posible ir

---

<sup>29</sup> Entre los autores que escriben inmediatamente después de la promulgación del Código de 1942 es común la afirmación de que la nueva legislación no exige la excusabilidad del error, afirmación que se sustenta en el silencio de la ley y en la consideración de que el principio de reconocibilidad protege suficientemente al destinatario de la declaración viciada. Cfr. FEDELE, «Comentario al artículo 1428 del Código Civil it.», en AA. VV., *Codice Civile. Libro delle obbligazioni*, vol. I, *Delle obbligazioni in generale e dei contratti in generale* (dir. M. D'Amelio y E. Finzi), Firenze, 1948, p. 707, para quien el legislador no podía ignorar las disputas que la cuestión de la excusabilidad había suscitado bajo la vigencia del anterior código, por lo que si hubiera querido mantener este requisito lo habría mencionado expresamente en el artículo 1428. El autor entiende, además, que, de haberse subordinado la anulación del contrato al requisito sobreañadido de la excusabilidad, se habría producido una injustificada ventaja en favor del destinatario de la declaración y en total perjuicio de la víctima del error: «il contraente non in errore è infatti già sufficientemente tutelato dal principio de la riconoscibilità».

Más escueto, aunque igualmente tajante, se muestra DI BLASI, *Commentario al nuovo codice civile italiano. Il libro delle obbligazioni, Parte generale*, Milano, 1950, p. 458, para quien del tenor del artículo 1429 del Código Civil italiano, cabe deducir que la *riconoscibilità* ha sustituido la *scusabilità*. Tampoco STOLFI/STOLFI, *Il nuovo Codice Civile commentato, libro IV, Delle obbligazioni*, t. I, Napoli, 1949, p. 251, citan la excusabilidad entre los requisitos del error invalidante, sino, exclusivamente, la esencialidad y la reconocibilidad, con lo que implícitamente parecen rechazar la tradicional distinción entre error excusable e inexcusable.

Totalmente aislada es la opinión de BUTERA, *Il Codice Civile italiano, Libro delle obbligazioni*, parte 1.<sup>a</sup>, *Delle obbligazioni in generale. Dei contratti in generale. Dei singoli contratti*, Torino, 1943, pp. 420-421, según el cual el nuevo precepto ha sancionado el *ius receptum* de la más autorizada doctrina y de la jurisprudencia, identificando los conceptos de error excusable y error reconocible.

La tesis, según la cual la excusabilidad no es exigible en el moderno Derecho italiano de la contratación, cuenta además con el apoyo de los trabajos preparatorios. Así, en la «Relazione al Re» (núm. 119), se observa que la excusabilidad cambia de punto de incidencia y pasa del sujeto que ha emitido la declaración viciada al destinatario de ésta; cambia, incluso, de objeto, porque no se refiere ya a la formación del error, sino a la falta de su descubrimiento (Cfr. en PANDOLFELLI/SCARPELLO/RICHTER/DALLARI, *Codice Civile, Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942, p. 239).

En el mismo sentido se ha orientado, no sin ciertas vacilaciones iniciales (vid. Cass. 27 enero 1948, núm. 120, *Riv. dir. comm.*, 1949, II, pp. 179 ss., con nota crítica de SACCO), la Casación, que es claramente favorable a negar a la excusabilidad del error el carácter de requisito para la relevancia del error invalidante. Cfr., entre las sentencias más recientes, Cass. de 20 de septiembre de 1978, núm. 4240, *Mass. Foro it.*, 1978; Cass. de 29 de junio de 1985, núm. 3892, *Mass. Foro it.*, 1985.

En la actualidad, salvo raras excepciones (como la de PATANIA, «Sulla scusabilità e riconoscibilità dell'errore», *Foro it.*, 1958, IV, c. 199 ss.), la práctica unánimidad de la doctrina sostiene que la legislación italiana no requiere la excusabilidad del error.

Así, CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico* (traducción y notas a cargo de M. Albaladejo), Madrid, 1956, p. 483, entiende que el nuevo Código no exige la excusabilidad del error contractual, según resulta de una interpretación «a contrario» del artículo 1433, norma que establece la reconocibilidad del error, y de los trabajos preparatorios (cita la «Relazione al Re», núm. 652). En contra de esto —observa el autor—, no se puede argumentar con base en el principio de responsabilidad, porque es el legislador, caso por caso, quien limita, cuando quiere, el principio de la voluntad, suavizándolo con el de responsabilidad o confianza. Y en este caso, el legislador ha optado por este último principio.



CARRESI, *Il contratto, en Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. por A. Cicu y F. Messineo, continuado por L. Mengoni), vol. XXI, t. II, Milano, 1987, pp. 456-457, observa que el hecho de haber subordinado la relevancia del error a su reconocibilidad comporta un cambio decisivo de perspectiva respecto a la disciplina acogida por el Código Civil italiano de 1865 que, según la opinión prevalente, requería que el sujeto que hubiese padecido el vicio, hubiera actuado sin culpa en la emisión de una declaración no conforme a su voluntad.

GALGANO sostiene que los dos únicos requisitos requeridos para la anulabilidad del contrato son el doble extremo de la esencialidad y reconocibilidad. No se requiere, en cambio, la falta de culpabilidad o excusabilidad del error por parte del sujeto que padece el vicio: «Non c'è, perciò, di ostacolo all'anullamento del contratto la circostanza che il contraente in errore avrebbe potuto, con l'uso della normale diligenza, rendersi conto dell'errore ed evitare di concludere il contratto o di concluderlo a quelle date condizioni» [*Il negozio giuridico, en Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. Cicu y F. Messineo, continuado por L. Mengoni) vol. III, t. I, Milano, 1988, p. 283].

MESSINEO, *Il contratto in genere, en Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. Cicu y F. Messineo), vol. XXI, t. II, Milano, 1973, pp. 333-334, en la misma línea, observa que ya no es relevante la excusabilidad del error, hecho subjetivo que, bajo la vigencia del viejo Código, privaba al sujeto que padecía el vicio de la tutela de la ley, si el error le era imputable, como consecuencia de la aplicación del principio de autorresponsabilidad por culpa o negligencia. El autor considera que la reconocibilidad, como hecho objetivo, es, en cierto modo, el equivalente que el nuevo Código ha introducido en lugar de la excusabilidad, la cual, como hecho subjetivo que se proyectaba sobre la persona del declarante, era de más difícil comprobación; es más, el requisito de la excusabilidad, siendo distinto de la reconocibilidad, no puede coexistir con este último: «il requisito della scusabilità, pur essendo diverso dalla riconoscibilità, non può coesistere con quest'ultimo». En contra, sin embargo, *vid.* MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, en AA. VV., *Commentario del codice civile*, libro IV, t. II, título II, Torino, 1967, p. 491, quien considera que el requisito de la excusabilidad no viene a perder fuerza porque sea incompatible con la reconocibilidad, sino porque se refiere al momento subjetivo de la formación de la determinación, a la cual no se la atribuye valor en cuanto tal, sino en la medida en que se ha hecho objetivamente perceptible.

En contra de la exigencia del requisito de la excusabilidad se manifiestan expresamente, asimismo: BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano, I, Introduzione. Parte preliminare. Parte generale. Diritti della personalità. Diritto di famiglia. Diritti reali*, 3.ª ed., Torino, 1950, p. 377, nota 2; BIGLIAZZI GERI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI, *Diritto civile, 1.2, Fatti e atti giurici*, Torino, 1986, p. 666; CENDON, *Commentario al codice civile*, vol. IV, artículos 1173-1654, Torino, 1991, pp. 750-751; PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pp. 188-204; ROSSELLI, «Riconoscibilità dell'errore», en AA. VV., *I contratti in generale* (dir. G. Alpa y M. Bessone), IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, t. II, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (fundada por W. Bigiavi), Torino, 1991, pp. 631-632; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale, en Trattato di diritto civile* (dir. G. Grosso y F. Santoro-Pasarelli) vol. IV, fasc. 2.º, 3.ª ed., Milano, 1972, p. 49; TORRENTE/SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 14.ª ed., Milano, 1994, p. 181; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 9.ª ed., Milano, 1991, p. 210. *Vid.*, en el mismo sentido, BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 1987 (reedición 1994), p. 611, según el cual «La non scusabilità dell'errore incide per altro sul tema della responsabilità precontrattuale». RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 10.ª ed., Napoli, 1993, p. 326, rechaza también el requisito de la excusabilidad respecto de los contratos, aunque lo exige a propósito de los actos jurídicos unilaterales no recepticios y de los negocios familiares.

Otros autores rechazan el requisito de la excusabilidad, implícitamente, dado que no se refieren a ella, a propósito de los requisitos del error relevante: TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 35.ª ed., Padova, 1993, pp. 143-147; TROISI, *Diritto civile. Lezioni*, Napoli, 1991, p. 238; ZATTI, *Diritto civile*, Padova, 1990, 4.ª ed., p. 227; ZATTI/COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, 2.ª ed., Padova, 1989, pp. 420-421.

más lejos y afirmar que ambos requisitos son, en realidad, excluyentes<sup>30</sup>, afirmación que se puede fundamentar en las consideraciones que a continuación expongo.

1.<sup>a</sup> La excusabilidad es un requisito que sólo se explica partiendo del dogma de la voluntad y del inicial derecho de todo declarante que incurre en error esencial a impugnar el contrato, salvo que tal error sea imputable a su propia negligencia: el contratante culpable debe atenerse a lo pactado, aunque la declaración emitida no coincida con su voluntad interna o ésta no se haya formado rectamente, y siempre que el interés de la parte contraria sea digno de protección, por haber actuado ésta correcta y diligentemente en los tratos preliminares y, posteriormente, al tiempo de la conclusión del negocio. La excusabilidad es, pues, una concreta aplicación del principio de responsabilidad, concebido éste como un criterio de corrección de las extremas consecuencias a las que lleva la estricta aplicación del principio de tutela del consentimiento<sup>31</sup>.

Por el contrario, el requisito de la reconocibilidad responde a las exigencias de un Derecho civil mercantilizado (como es el italiano), enmarcándose en un fenómeno de objetivización del intercambio contractual, tendente a favorecer las exigencias de una circulación segura, rápida y amplia de los bienes, objetivización que conlleva restricciones al dogma de la voluntad<sup>32</sup>. La reconocibilidad, que tiene precedentes en la legislación austriaca (cfr. § 871 ABGB<sup>33</sup>) presupone un nuevo modo

---

El requisito de la excusabilidad del error, no obstante, conserva vigencia, respecto del cobro de lo indebido en los términos establecidos en el artículo 2036 Código Civil italiano

<sup>30</sup> Como atinadamente observa MESSINEO, *Il contratto in genere...* cit., t. II, p. 334.

<sup>31</sup> Cfr. ROSSELLO, «Riconoscibilità dell'errore...», cit., p. 631.

<sup>32</sup> Cfr. GALGANO, *Il negozio giuridico...*, cit., p. 477.

<sup>33</sup> En la doctrina austriaca es, además, pacífica la opinión de que la excusabilidad del error es irrelevante desde la perspectiva del juicio de validez del contrato, lo que resulta lógico, ya que, en el sistema austriaco falta el presupuesto, que obliga a acudir al requisito de la excusabilidad como freno de la exaltación del dogma de la voluntad, es decir, el principio de la relevancia invalidante de todo error esencial (salvo el de cuenta), que es el que, precisamente, consagran los artículos 1265, 1266 y 1300 del Código Civil. Observa FEIL: «ist es weder für die Frage der Anfechtbarkeit noch für die der angemessenen Vergütung von Belang, ob der Irrtum von Irrenden bei gehöriger Aufmerksamkeit vermeidbar gewesen wäre» (ABGB. *Handkommentar für die Praxis*, vol. V, *Schuldrecht/Allgemeiner Teil*, §§ 859-937, Eisenstadt, 1977, p. 73). En el mismo sentido se manifiestan: APATHY, *Comentario al § 871 ABGB*, en APATHY/BINDER, *Comentario a los §§ 859-1089 ABGB*, en AA. VV., *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen* (dir. M. Schwimann), vol. IV, parte 1.<sup>a</sup>, Wien, 1988, p. 47 («andererseits ist es unerheblich, ob der Irrende den Irrtum hätte vermeiden können»); DITTRICH/TADES, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* (eds. 24-30 por H. Kapfer), 33.<sup>a</sup> ed. (en colaboración con G. Hopf/G. Molterer), Wien, 1989, p. 737 («unterscheidet nicht zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrtum»); GSCHNITZER, «Der Irrtum», en AA. VV., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (dir. H. Klang/F. Gschnitzer), 2.<sup>a</sup> ed., vol. IV, parte 1.<sup>a</sup>, §§ 859-1044, Wien, 1968, p. 118 («Seitdem die TN III [...] es ist [...] ohne Belang, ob der Irrtum von Irrenden allein oder mit verschuldet war oder nicht. Höchstens können die Umstände, die ein Verschulden des Irrenden begründen, die Veranlassung des Irrtums durch den andern Teil ausschliessen»); KOZIOL/WELSER, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*. vol. I, *Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, 9.<sup>a</sup> ed., Wien, 1992, p. 128

de abordar la regulación del error, partiendo, no ya del dogma de la voluntad, sino del principio de la confianza (*tutela dell'affidamento*)<sup>34</sup>, es decir, de la premisa de que el riesgo de todo negocio debe recaer sobre la parte que se ha equivocado, incluso sin culpa, en la formación o emisión de su voluntad, antes que sobre la otra, la cual no podía prever una discordancia entre la voluntad y la declaración<sup>35</sup>. Desde estos

---

(«Nicht erforderlich ist, dass der Geschäftspartner den Irrtum verschuldet hat»); RUMMEL, *Comentario al § 871 ABGB*, en AA. VV., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (dir. P. Rummel), 2.ª ed., vol. I, §§ 1-1174 ABGB, Wien, 1990, p. 1079 («Das Verschulden des Erklärenden spielt für die Irrtumsanfechtung keine Rolle»), así como MARKL/SCHOPPER, «Irrtum. Allgemeines», en GSCHNITZER, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 2.º ed. por C. FAISTENBERGER/H. BARTA (en colaboración con varios autores), Wien-New York, 1992, p. 630: «Das Gesetz stellt auch nicht darauf ab, ob der Irrtum «entschuldbar oder unentschuldbar ist».

<sup>34</sup> La reconocibilidad no se requiere respecto del error común, porque, en tal caso, carece de razón de ser la tutela de la confianza: la declaración errónea de uno de los contratantes no hacer nacer en el otro ninguna expectativa razonable; cada uno de ellos incurre en el mismo error que la contraparte y se determina al negocio en virtud de un error propio.

Tal es la tesis sostenida por la jurisprudencia de la Corte de Casación: «Quando un uguale errore invalidi le dichiarazioni di ciascuna delle parti, non ha ragione d'essere la tutela dell'affidamento (che giustifica il requisito della riconoscibilità), in quanto ciascuna delle parti dichiara non per effetto dell'errore altrui ma del proprio con la conseguenza che ciascuna di esse può impugnare il contratto, per l'errore in cui è incorsa, a prescindere dal requisito della riconoscibilità» (*Cass.* de 30 de marzo de 1979, núm. 1843. *Giust. civ. Mass.*, 1979, fasc. 3). *Cfr.*, en sentido conforme, en la jurisprudencia de instancia, *Trib. Foggia, Giur. merito*, 1981, p. 922.

Tal es, también, la tesis de la doctrina mayoritaria, la cual matiza, no obstante, que sólo cuando el error común haya determinado a los dos contratantes puede excluirse la aplicación del requisito de la reconocibilidad. *Cfr.*, en este sentido, PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento...*, cit., p. 666, que distingue, entre error común y error bilateral, en referencia, este último, a la hipótesis en que la falsa representación sea determinante del consentimiento de una sola de las partes, en cuyo caso, según el autor, el requisito de la reconocibilidad conserva su vigencia. *Cfr.*, asimismo, CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 1990, p. 48, según el cual, la reconocibilidad sólo debe excluirse cuando el error, siendo común, ha determinado a las dos partes a concluir el contrato, porque, en tal supuesto, no existe la posibilidad de contraponer, al interés de una parte a conseguir la anulación el interés de la otra, a mantener en vida el contrato; sin embargo, cuando el error sólo ha determinado el consentimiento de una de las partes, debe tutelarse la confianza de la parte contraria; además, porque la circunstancia de que el error sea común no implica necesariamente que no hubiera podido ser reconocido con una diligencia ordinaria. Por lo demás, la idea está implícita en otros autores, que niegan la aplicación del requisito de la reconocibilidad al error común o bilateral, dado que la distinción propugnada por PIETROBON no ha encontrado excesivo predicamento en la doctrina, que se refiere a uno u otro indistintamente, aunque, presuponiendo (así lo interpreto yo) el carácter esencial de los dos errores. *Cfr.* BIGLIAZZI GERI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI, *Diritto civile...*, cit., 1.2... cit., p. 668; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2.ª ed., Napoli, 1990, p. 883; quizá, también, ALPA/BESSONE, *Elementi di diritto civile*, Milano, 1990, p. 260. BIANCA, *Diritto civile...* cit., vol. III, p. 612, nota 132, se refiere a la distinción de PIETROBON entre error común y bilateral.

La doctrina que exige el requisito de la reconocibilidad del error común es, pues, claramente minoritaria: BARCELLONA, «In tema de errore riconosciuto e di errore bilaterale», *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, pp. 57 ss.; DE MARTINI, «In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale nel contratto», *Foro it.*, 1952, I, c. 431 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale...*, cit., p. 492.

<sup>35</sup> *Cfr.* «Relazione del Guardasigilli», núm. 172, PANDOLFELLI/SCARPELLO/RICHTER/DALLARI, *Codice civile, Libro delle obbligazioni...*, cit., p. 235.

postulados, el error oculto del declarante no puede defraudar la confianza ajena, es decir, las expectativas del destinatario fundadas en la declaración<sup>36</sup>, con la consecuencia de que aquél solamente puede impugnar el contrato cuando su error (inexcusable o no) hubiera podido ser reconocido por una persona de normal diligencia<sup>37</sup>. La reconocibilidad evita, pues, al adquirente de un bien o servicio el riesgo de que el contrato pueda ser anulado en virtud de un error no reconocible por quien despliega una diligencia ordinaria y la remoción de tal riesgo protege la certeza y la celeridad en la contratación, porque el destinatario no tiene que comprobar positivamente que el declarante no ha incurrido en un error oculto atinente a las circunstancias esenciales del contrato<sup>38</sup>.

2.<sup>a</sup> El juicio de excusabilidad es un juicio de culpa<sup>39</sup>, que toma como referente prioritario el concreto comportamiento del contratante incurso en error. El comportamiento del destinatario se examina exclusivamente a los efectos de decidir si el sacrificio del derecho de impugnación del declarante negligente está, o no, justificado, dado que sería contrario a la buena fe negar el ejercicio del derecho de impugnación, cuando el interés de la persona a quien perjudica la anulación no es digno de protección.

La reconocibilidad, en cambio, no comporta un juicio de culpa. Por de pronto, en su apreciación carece de relevancia la negligencia o diligencia del declarante en la evitación del error, lo que, según ha quedado expuesto, constituye la esencia misma del concepto de excusabilidad. Pero la reconocibilidad tampoco es un juicio de culpa respecto del comportamiento de la parte receptora de la declaración. Y ello por

---

<sup>36</sup> Cfr. «Relazione al Re», núm. 119, en PANDOLFELLI/SCARPELLO/RICHTER/DALLARI, *Codice Civile, Libro delle obbligazioni...*, cit., p. 238.

<sup>37</sup> Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que la norma del artículo 1431 del Código Civil italiano no ignora totalmente el interés del declarante a la anulación del contrato. Como afirma PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento...*, cit., pp. 238-239, no parece que la ley haya querido tutelar la confianza del destinatario en la mayor medida posible, porque, si así fuera, no hubiera exigido la abstracta reconocibilidad del error, sino su efectivo conocimiento por la parte contraria, hecho psicológico de más difícil prueba.

Y, en todo caso, la eficiencia procesal aconseja evitar, en la medida de lo posible, que el resultado de un juicio pueda depender de la prueba de circunstancias meramente subjetivas. Así, observa MESSINEO: «Probabilmente, la scelta dell'enunciato criterio, da parte del legislatore, è da attribuirsi alla considerazione della difficoltà, che avrebbe determinato l'addossare all'oblato», in concreto, l'onere di provare che l'errore era «da lui riconoscibile», o, «all'errante», l'opposta prova che l'oblato avrebbe potuto riconoscere l'errore» (*Il contratto in generale...*, cit., t. II, pp. 331-332).

<sup>38</sup> La protección de la certeza en la contratación queda además fomentada por la norma del artículo 1432 del Código Civil italiano, el cual atribuye al destinatario la facultad de exigir el mantenimiento del contrato, aun en el supuesto de error reconocible, siempre que, antes de que el impugnante sufra un perjuicio, proponga a éste la oportuna rectificación para ajustar la ejecución del contrato al contenido o modalidades que pretendía.

<sup>39</sup> Con toda claridad lo expone DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, *Parte general y contratos* (revisado y puesto al día por M. de Cossio y J. León Alonso), Madrid, 1988, p. 381, que afirma que la excusabilidad «se desenvuelve en plano subjetivo, ya que subjetiva es la culpabilidad que determina el error inexcusable, en cuanto ha de medirse en relación con el sujeto al que éste afecta».

dos razones. En primer lugar, porque para poder afirmar la culpa de un contratante en relación a un determinado evento es preciso ponderar globalmente su comportamiento, considerando todas las circunstancias que le han llevado a actuar de un determinado modo, lo que no sucede en el juicio de reconocibilidad, el cual debe ceñirse exclusivamente al examen de los extremos taxativamente enumerados en el artículo 1431 del *Codice*<sup>40</sup>, es decir, el contenido y las circunstancias del contrato<sup>41</sup> y las cualidades personales del destinatario, por ejemplo, la profesión<sup>42</sup>; las cualidades personales del declarante sólo pueden ser tomadas en consideración en la medida en que sean conocidas por la parte contraria<sup>43</sup>, con exclusión, en todo caso, de las relativas a su estado psíquico<sup>44</sup>. En segundo lugar, porque la reconocibilidad no hace referencia a la concreta posibilidad que haya tenido la contraparte de reconocer efectivamente el error, sino a la posibilidad que tuviese un tercer sujeto de normal diligencia de reconocerlo<sup>45</sup>; no exige la prueba de que el error haya sido conocido de hecho, sino la abstracta posibilidad de su reconocimiento *in persona di mediana avvedutezza*<sup>46</sup>.

3.<sup>a</sup> De las consideraciones anteriormente realizadas, se deduce claramente que, desde un punto de vista estrictamente económico, el requi-

<sup>40</sup> PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento...*, cit., p. 206.

<sup>41</sup> El contenido del contrato se identifica, según PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento...*, cit., p. 221, con el conjunto de la operación económica o jurídica realizada por las partes; por ejemplo, la desproporción entre el valor de la cosa y el precio irrisorio pactado puede indicar al comprador un error en la sustancia de la cosa vendida. Las circunstancias del contrato relevantes *ex artículo* 1431 Código Civil italiano, según el mismo autor, *op. ult. cit.*, p. 223, en particular, nota 76, son sólo las circunstancias externamente reconocibles, que hayan interferido en la actividad *scambievole* de las partes en orden a la formación y conclusión de aquél. Se refiere, a título de ejemplo, al tiempo y lugar de los tratos preliminares, excluyendo, en cambio, las circunstancias de tipo meramente subjetivo, como por ejemplo el caso en que la reconocibilidad del error sea obstaculizada por un fallo del asesor privado del destinatario.

<sup>42</sup> *Cfr. Trib. Palermo* de 28 de marzo de 1981, *Giur. merito*, 1981, p. 885: «Non è riconoscibile, da parte dell'acquirente, l'errore sulla qualità di un terreno che, acquistato come agricolo, abbia in realtà carattere edificatorio, ove nella zona manchino opere visibili, quali infrastrutture primarie e secondarie, idonee a consentire a una persona di normale diligenza di accorgersi della sua natura edificatoria, specie se l'acquirente non sia un imprenditore o esercente altra attività che per tale qualifica possa presumersi interessato all'acquisto di terreno per destinarlo ad opere edilizie o a fini speculativi». Según PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento...*, cit., p. 224, se excluyen, sin embargo, las condiciones de salud mental u otras condiciones físicas o espirituales de carácter transitorio, aunque éstas pudieran tener influencia sobre los acontecimientos ligados a los tratos preliminares y la conclusión del contrato.

<sup>43</sup> Observa PIETROBON: «Le qualità personali del errante possono essere tenute in conto solo in quanto note, e nella misura in cui sono note, all'altra parte. L'analfabetismo, l'ignoranza del dichiarante, la sua inesperienza delle cose oggetto della prestazione patuita, possono rilevare l'eventuale errore solamente se conosciute, mentre le uguali qualità del destinatario sono rilevanti in se stesse» (*Errore, volontà ed affidamento...*, cit., p. 224).

<sup>44</sup> MESSINEO, *Il contratto in generale...*, cit., t. II, p. 331.

<sup>45</sup> *Cfr. MESSINEO, Il contratto in generale...*, cit., t. 2.º, pp. 331-332, que, sin embargo, considera que el juicio de reconocibilidad se aproxima, *in qualche modo* a la materia de la culpa (parámetro del buen padre de familia del art. 1176, *comma* 1.º).

<sup>46</sup> *Cass.* de 6 de junio de 1988, núm. 3809, *Giust. civ. Mass.* 1988, fasc. 6.

sito de la reconocibilidad presenta indudables ventajas respecto de la excusabilidad, ya que este último no evita al destinatario el riesgo de que el contrato pueda ser impugnado en virtud de un error oculto: en aras de la buena fe, restringe la aplicación del principio de autorresponsabilidad a los supuestos en que el interés de la otra parte contratante a la conservación del negocio es digno de protección, pero no impide al declarante que ha desplegado una diligencia media en orden a la evitación del error impugnar el contrato, incluso en el supuesto de que su declaración hubiera suscitado en la parte contraria una confianza legítima y razonable en su validez.

Por otra parte, es de resaltar que el requisito de la excusabilidad origina consecuencias indeseables en el terreno procesal, ya que conduce al juez a apreciar el comportamiento de ambas partes en un juicio de culpa que deberá tener en cuenta las concretas circunstancias personales del declarante y del destinatario, lo que comporta una complicación procedimental respecto de lo que resulta de la aplicación del requisito de la reconocibilidad. Baste considerar que el juicio de reconocibilidad, de un lado, prescinde del examen de la diligencia desplegada por el declarante en orden a la evitación del error y, de otro, no se dirige a averiguar si el error era reconocible *in concreto* por el destinatario, sino a si debió ser conocido por una *persona di normale diligenza* (criterio legal de valoración abstracta)<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Sin embargo, el requisito de la reconocibilidad deja de tener sentido, si, a pesar de que el error no era reconocible *in abstracto*, ha sido reconocido de hecho, porque en tal supuesto no existe ninguna confianza que daba ser tutelada. En consecuencia, como afirma GALGANO, *El negozio giuridico...*, cit., p. 282, la prueba del conocimiento efectivo del error absorbe la de la abstracta reconocibilidad, aunque el uso de una diligencia normal no hubiera permitido descubrir el error.

Tal solución ha sido expresamente acogida por la jurisprudencia (*cf. Cass.* de 29 de junio de 1985, núm. 3892, *Mass. Foro it.*, 1985) y la doctrina mayoritaria. *Vid.* BIANCA, *Diritto civile...*, cit., vol. III, p. 613; BIGLIAZZI GERI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI, *Diritto civile...*, cit., 1.2... cit., p. 667; GAZZONI, *Manuale di diritto privato...*, cit., p. 883. *Cfr.*, en el mismo sentido, CATADELLA, *I contratti. Parte Generale...*, cit., p. 48, quien precisa que la regla se debe aplicar con independencia de que el conocimiento se haya obtenido accidentalmente o mediante el empleo de una diligencia superior a la normal. Observa CARRESI, *Il contratto...*, cit., t. I, pp. 457-458, que la exigencia de tutela de la contraparte presenta límites dentro de los cuales debe operar —en concreto— la regla de la reconocibilidad del error: es el caso de una declaración que abstractamente no es susceptible de fundar una legítima confianza, pero cuyo destinatario ha conocido efectivamente el error; entiende el autor que en este caso no existe una expectativa merecedora de tutela, porque el destinatario sabía que faltaba la voluntad en el declarante; y la tutela de una confianza fundada solamente en el valor objetivo de la manifestación estaría privada de cualquier justificación moral o social. Para MESSINEO, sólo con criterios formalísticos puede defenderse la irrelevancia del error que haya sido efectivamente conocido por la contraparte, a pesar de que abstractamente no fuera reconocible; tal solución, según el autor, favorece injustamente al destinatario de la declaración errónea y es contraria a la buena fe (en sentido objetivo); la contraparte ha conocido el error y, en consecuencia, no ha podido confiar en la declaración; podía haberse negado a contratar y no lo ha hecho; debe, pues, soportar las consecuencias: «Il riconoscimento ha, praticamente, operato nel modo stesso della riconoscibilità» (*Il contratto in genere...*, cit., t. II, pp. 332-333). SACCO, «L'errore», en

A la vista de las consideraciones realizadas, creo que pueden realizarse las siguientes conclusiones:

a) Error reconocible es aquel que una persona de normal diligencia habría podido conocer, en relación al contenido, las circunstancias del contrato o las cualidades de los contratantes.

b) Los requisitos de la excusabilidad y reconocibilidad son excluyentes, ya que precisamente la utilidad práctica de este último radica en no supeditar la validez de un contrato a un juicio de culpa (lo que constituye el núcleo esencial de la excusabilidad), prescindiendo del examen de la concreta diligencia desplegada por los contratantes, bien en orden a la evitación del error (declarante), bien en orden al descubrimiento del mismo (destinatario).

c) Cabría la hipotética posibilidad de subordinar la relevancia invalidatoria del error a un inicial juicio de reconocibilidad y a un ulterior

---

SACCO/DE NOVA, *Il contratto*, t. I, en *Trattato di diritto civile* (dir. R. Sacco), Torino, 1993, p. 408, entiende que el contratante que ha reconocido el error no merece tutela en perjuicio del que lo ha padecido. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato...*, cit., p. 210, considera que quien conoce el error de la otra parte debe señalarlo, por exigencia de la buena fe contractual (art. 210 del Código Civil italiano): «così che il silenzio si possa qualificare come reticenza dolosa, causa d'invalidità del contratto a termini dell'art 1439 cod. civ.»

En contra de la tesis dominante se han manifestado algunos autores. Según SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale...*, cit., p. 50, admitir la anulación del contrato en el supuesto de error abstractamente no reconocible/reconocido de hecho, produce cierta perplejidad, pero es lo que cabe deducir de la clara dicción de la ley y del hecho de que la solución contraria operaría en daño de la parte que ha actuado con mayor diligencia; sin embargo, la parte contraria incurre en culpa *in contrahendo*, por violación de la obligación de comportarse de buena fe, impuesta por los artículos 1337-1338 del Código Civil italiano, al no haber advertido a quien yerra de su error. Cfr. también MIRABELLI, *Dei contratti in generale...*, cit., pp. 491-492, para quien el contratante que yerra no puede beneficiarse de la superior diligencia desplegada por la parte contraria. Según BARCELLONA, Voz «Errore», en AA. VV., *Enciclopedia del diritto* (dir. C. Mortati y S. Pugliatti), vol. XV, Milano, 1966, p. 257, la certeza del Derecho y la seguridad del tráfico aconsejan conferir relevancia jurídica exclusivamente a los índices exteriores objetivos, prescindiendo de la situación subjetiva concreta. «Quando sussiste la riconoscibilità –sostiene el autor–, non giova alla controparte addurre la propria buona fede concreta per evitare l'annullamento del negozio. Prescrivendo il requisito della riconoscibilità el legislatore ha implicitamente escluso ogni possibile rilevanza della situazione soggettiva della controparte». Por último, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, ROSSELLO, «Riconoscibilità dell'errore...», cit., pp. 633-634, ha criticado la tesis defendida por la jurisprudencia, por considerar que entraña una solución ineficiente económicamente desde el momento en que la posibilidad de disfrutar económicamente de unos conocimientos adquiridos mediante una actividad deliberada representa un desincentivo en la búsqueda y producción de información, pudiendo dar lugar a una ineficaz distribución de los recursos.

PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento...*, cit., pp. 237-238, se suma a la doctrina dominante con una opinión, que me parece especialmente atinada, y que resulta de la consideración del principio de tutela de la confianza, como una forma de justo equilibrio entre todos los intereses concurrentes, y no sólo del destinatario, pues, si no fuera así, el legislador no habría subordinado la anulación del contrato a la prueba de su reconocibilidad, sino que hubiera exigido su efectivo conocimiento: si el legislador exige que el error sea reconocible por una persona de normal diligencia –observa el autor–, es para evitar al demandante la difícil prueba del efectivo conocimiento del error por parte del demandado. Por consiguiente, negar la relevancia invalidatoria de un error reconocido *in concreto*, porque no es reconocible *in abstracto* conduciría a una interpretación de la norma contra su propia ratio.

juicio de excusabilidad, es decir, constatada la abstracta reconocibilidad del error por una persona de normal diligencia, podría todavía limitarse la anulación del contrato al supuesto en que el error reconocible no fuera imputable a la negligencia del declarante; sin embargo, ello conduciría a restringir la aplicación del error hasta límites inverosímiles, produciéndose una injustificada ventaja en favor del destinatario de la declaración en total perjuicio de quien yerra<sup>48</sup>; por ello, tal solución no ha sido acogida por la doctrina italiana, ni tampoco, en puridad, por la española.

Partiendo de estas conclusiones, creo que se está en condiciones de resolver el interrogante de si el requisito de la reconocibilidad puede ser acogido en nuestro ordenamiento.

## V. JUICIO CRÍTICO ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE RECEPCIÓN DEL REQUISITO DE LA RECONOSCIBILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Ante todo, cabe plantearse si el requisito de la reconocibilidad, tal y como ha quedado perfilado, es decir, como noción que excluye y sustituye a la excusabilidad, dadas las indudables ventajas que en el orden económico presenta, puede ser recibido en nuestro ordenamiento jurídico, recepción que, en su caso (a falta de apoyo legal expreso), tendría que proceder, obviamente, por vía jurisprudencial, lo que no ha tenido lugar. Es más, la STS de 4 de enero de 1982 alude al requisito de la excusabilidad, «suplido en Códigos modernos por el de la cognoscibilidad atribuida al otro contratante (así, el italiano de 1942, arts. 1428 y 1431)»<sup>49</sup>, con lo que claramente excluye esta última de nuestro ordenamiento, considerándola propia de otros extranjeros, sin que haya prosperado la doctrina contenida en la STS de 2 de marzo de 1965, que exigió la reconocibilidad del error<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Como sostiene FEDELE, «Comentario al artículo 1428 del Código Civil italiano...», cit., p. 707.

<sup>49</sup> *Loc. cit.*, p. 55. Tal sentencia es ampliamente comentada por DE CASTRO Y BRAVO, *De nuevo sobre el error en el consentimiento*, ADC, 1988, pp. 403 ss. (*vid.*, en particular, pp. 431-435), que realiza interesantes consideraciones a propósito del requisito de la reconocibilidad.

<sup>50</sup> La STS de 2 de marzo de 1965, *J. Civ.*, 1965, marzo, p. 59, se refirió al requisito de la reconocibilidad, no en la *ratio decidendi* del fallo, sino en declaraciones meramente *obiter dicta*: «en todo caso, está a cargo del que alega el error para obtener la anulabilidad del consentimiento prestado, la prueba de la esencialidad y reconocibilidad». No se menciona, en cambio, el requisito de la excusabilidad, por lo que parece que, implícitamente, se presupone que este último requisito no es exigible en nuestro Derecho. Tal es, desde luego, la tesis sustentada por BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho Civil...*, cit., t. I, pp. 669-670, que, precisamente, fue ponente de esta sentencia.

En cambio, no me ha sido posible localizar las SSTS de 5 de marzo de 1960 y de 30 de septiembre de 1963, en las que LUNA SERRANO, «La voluntad negocial y sus vicios...», cit., p. 181; *Id.*, «Los vicios del consentimiento contractual...», cit., p. 72, justifica la exi-



A mi entender, no puede reprocharse al Tribunal Supremo el hecho de que no haya acogido el requisito de la reconocibilidad. Y ello, por dos razones: en primer lugar, porque faltan en nuestro Derecho bases legales sólidas que permitan la recepción del requisito de la reconocibilidad, el cual sólo parece concebible en el marco de un ordenamiento civil mercantilizado, como es el italiano, que, en aras del interés superior de la producción y las exigencias de circulación de la riqueza, tiende a la *oggettivazione dello scambio contrattuale*, restringiendo el alcance del dogma de la voluntad, construido en torno a la exaltación del consentimiento como factor desencadenante de los efectos jurídicos del contrato<sup>51</sup>. En segundo lugar, porque, para poder exigir el requisito de la reconocibilidad, el Tribunal Supremo tendría, previamente, que prescindir de la excusabilidad, lo que supondría apartarse de una doctrina, que su propia jurisprudencia ha ido elaborando y consolidando, a través de fallos reiterados, durante décadas y conforme a la cual un error esencial no puede imputarse al declarante si éste actuó con una diligencia ordinaria en orden a su evitación (aplicación *a sensu contrario* del principio de responsabilidad). Por todo ello, la tesis que propone la sustitución de la excusabilidad por la reconocibilidad, aunque defendible como un objetivo al que debiera tender una regulación moderna del error contractual, es totalmente aislada entre los autores españoles<sup>52</sup>.

---

gencia del requisito de la reconocibilidad; como tampoco a DE CASTRO Y BRAVO, «De nuevo sobre el error en el consentimiento...», cit, p. 431, nota 80, que apunta la posibilidad de que dichas sentencias no hubieran sido publicadas.

<sup>51</sup> Sin salir del campo de la anulabilidad, cabe destacar dos normas donde claramente se manifiesta la tendencia a la objetivización de *lo scambio contrattuale*: a) tratándose de contratos celebrados por menores, el artículo 1426 del Código Civil italiano les impide solicitar la anulabilidad del contrato si, con engaños, han ocultado su menor edad (las diferencias con el régimen establecido por el artículo 1302 de nuestro Código Civil son evidentes); b) respecto de contratos celebrados por personas afectadas por incapacidad natural de entender o querer (cfr. art. 1425, *comma* 2.º, en relación con el art. 428, *comma* 2.º, del Código Civil italiano) la anulabilidad solamente procede si se prueba, además del perjuicio del incapaz, la mala fe del otro contratante. En las dos normas es evidente la protección de la seguridad jurídica, sacrificando la tutela del consentimiento, que, en puridad, al menos, por cuanto al segundo supuesto se refiere, no existe. Asimismo, dentro del estricto ámbito de los vicios del consentimiento debemos aludir a tres normas, presididas también por la idea-fuerza de objetivización del intercambio contractual: a) el artículo 1432 del Código Civil italiano, que faculta al destinatario para rectificar el contrato anulable por error reconocible, impidiendo, así, la impugnación; b) el artículo 1433 del Código Civil italiano, que requiere la reconocibilidad, tanto para el error de vicio, como para el obstativo; c) el artículo 1439 del Código Civil italiano, que, en el caso de dolo ocasionado por un tercero, subordina la anulabilidad del contrato a que las maniobras dolosas fuesen conocidas por el contratante que se ha beneficiado con ellas, si bien el tenor de esta norma es más amplio que el de nuestro artículo 1269 del Código Civil, que, expresamente, contempla sólo el dolo ocasionado por la otra parte contratante.

<sup>52</sup> Y, en realidad, la noción de «reconocibilidad» que propugna el minoritario sector de nuestra doctrina que propone tal requisito como sustitutivo de la excusabilidad no coincide con la establecida por el artículo 1431 del Código Civil italiano, ya que no la refiere a la abstracta reconocibilidad del error por un tercero de normal diligencia, sino a la circunstancia de que «el error que sufre una parte pueda ser reconocido por la otra usando de una normal diligencia» (cfr. LUNA SERRANO, «La voluntad negocial...», cit., p. 181), lo que indudablemente constituye un juicio de culpabilidad (sobre el comportamiento

La segunda cuestión que debe clarificarse es la de si la opinión, anteriormente expuesta, según la cual los requisitos de la excusabilidad y reconocibilidad son excluyentes, no contrastaría con las enseñanzas de un autorizado sector de la doctrina patria, el cual exige, no sólo la excusabilidad, sino también la «reconocibilidad» del error, concibiendo ambas nociones, que, en puridad, son inconciliables, como complementarias. Llegados a este punto, se impone una precisión terminológica, ya que, en realidad, los autores españoles, que utilizan la noción de «reconocibilidad», la emplean en un sentido impropio, que poco tiene que ver con su acepción originaria; a saber, no para referirse a la abstracta posibilidad de reconocimiento del error por un tercero de normal diligencia (reconocibilidad en sentido propio), sino en alusión a la exigencia de que en el juicio de invalidez se aprecie la concreta diligencia desplegada por el destinatario para descubrir el error («reconocibilidad» en sentido impropio)<sup>53</sup>.

---

del destinatario), que disminuye las ventajas prácticas del requisito, tal y como es perfilado en el ordenamiento jurídico italiano. No obstante, existe total coincidencia con el modelo italiano, por lo que respecta al tratamiento de la reconocibilidad como requisito excluyente de la excusabilidad.

<sup>53</sup> Cfr., en este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial...*, cit., vol. I, p. 184. La noción de «reconocibilidad» que propugna, no es el concepto de reconocibilidad que el artículo 1431 del Código Civil italiano, sanciona, concepto este último, que se basa en la idea objetiva de confianza que la declaración de voluntad suscita a un hombre de normal diligencia, con total independencia del estado subjetivo de buena fe y del comportamiento negocial de las partes del contrato, de tal modo que el concepto de reconocibilidad no puede coexistir con el de excusabilidad. Desde el momento en que el autor exige el requisito de excusabilidad del error y mantiene que, «de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante» (*op. ult. cit.* vol. I, p. 184), es obvio que utiliza la noción de «reconocibilidad» en un sentido que podemos denominar impropio. Me parece que el propio autor es consciente de ello. Cfr. así, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 7.ª ed., Madrid, 1995, p. 56: «Por influencia del Código Civil italiano de 1942 (art. 1428), se intenta abrir paso una corriente doctrinal que exige como requisito del error la reconocibilidad, es decir, que la parte que no lo ha sufrido, y contra la que se demanda la nulidad del contrato, pueda haberla conocido. Parece excesivo, sin embargo, acumular este requisito al de la excusabilidad con carácter general, que dejaría reducido hasta límites verdaderamente inverosímiles el error. Otra cosa es la sustitución de la excusabilidad por la reconocibilidad como el modelo italiano». Parece, pues, que cuando en otras obras (igualmente recientes) exige cumulativamente la excusabilidad y «reconocibilidad», emplea este último concepto en sentido impropio.

Posición sustancialmente coincidente es la de TORRALBA, *Derecho Civil para Ciencias Económicas y Empresariales*, vol. II, Barcelona (sin fecha), pp. 521-522, que, si bien enuncia entre los requisitos del error relevante la excusabilidad y «reconocibilidad», postula una noción impropia de este último requisito, en clara referencia a la necesidad de valorar en el juicio de validez la conducta de ambas partes contratantes: «El error —observa el autor— ha de ser reconocible por la otra parte actuando con una diligencia normal. La razón de este requisito se encuentra en que la ley protege a la víctima del error, pero tal protección está subordinada a los intereses y expectativas de la otra parte contratante, los cuales no pueden ser atacados más que cuando ésta pudo conocer el error, ya que ello pone de relieve una conducta contraria a la buena fe. Por ejemplo, si al propietario de un

En mi opinión, tal exigencia es de recibo, porque sería injusto demandar al declarante una diligencia ordinaria en orden a la evitación del error y no requerir, en cambio, al destinatario una diligencia similar en orden a su descubrimiento. Entiendo, sin embargo, que este efecto puede ser perfectamente explicado desde la estricta doctrina de la excusabilidad, sin necesidad de recurrir a una noción de «recognoscibilidad» impropia y desvirtuada que, por lo demás, es ajena a nuestra tradición legal y jurisprudencial. Pero ello, a condición de contemplar el requisito de la excusabilidad desde una perspectiva global, es decir, a la luz, no sólo del principio de autorresponsabilidad, sino también del principio de la buena fe, lo que obliga a valorar desde el ángulo de la *bona fides* y de la confianza la conducta de ambas partes contratantes. Y desde esta consideración global, puede explicarse que un error negligente llegue a ser considerado excusable, no sólo cuando la otra parte contratante conoció el error y calló, sino también cuando esta última hubiera podido conocer el error mediante el empleo de una normal diligencia, porque, en tal hipótesis, no existe una confianza razonable en la validez del contrato, cuya tutela exija el sacrificio del derecho del declarante a la impugnación del contrato: si negligente fue el comportamiento del declarante (que, mediante el uso de una normal diligencia pudo y debió evitar el error), el mismo reproche merece la conducta del destinatario, en cuyo concreto beneficio se establece el requisito de la excusabilidad; por lo que parece adecuado defender que la culpa del segundo compensa la del primero, resurgiendo, así, el régimen establecido en el artículo 1266 del Código Civil, conforme al cual quien incurre en error esencial puede demandar la anulación del contrato, régimen éste que, con base en el principio de responsabilidad, se exceptúa, exclusivamente, cuando el interés de la parte contraria a la conservación del negocio es digno de protección, lo que no sucede en la hipótesis que examinamos<sup>54</sup>.

---

cuadro de un pintor de segunda fila se le ofrece una cantidad desmesurada de dinero por él no cabe duda de que debe darse cuenta de que el comprador está en un error y, por lo tanto, debe sufrir las consecuencias de la impugnación del contrato».

Impropio me parece, asimismo, el uso de la noción de «recognoscibilidad» por parte de GARCÍA CANTERO, el cual, si bien se hace eco de la tesis de LUNA, no llega, como éste, a prescindir del requisito de la excusabilidad, afirmando que «para que el error pueda dar lugar a la invalidación del contrato ha de reunir los requisitos de esencial, excusable para el que lo padece y reconocible para la otra parte contratante» [en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, III, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, *La obligación y el contrato en general*, 15.<sup>a</sup> ed. (revisada y puesta al día por G. García Cantero), Madrid, 1988, p. 521].

<sup>54</sup> De hecho, Díez-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, fundamentan el requisito de la «recognoscibilidad» con una argumentación semejante a la expuesta en el texto, a saber, en el principio de la buena fe y en las SSTs de 23 de mayo de 1935, de 27 de octubre de 1951 y de 16 de noviembre de 1956 (conforme a las cuales, en los supuestos de divergencia entre la voluntad real y la declarada, debe prevalecer esta última, si existe malicia o falta de diligencia en el declarante, «siempre que exista, además, buena fe en la otra parte»), de donde deducen que: «Un error inexcusable debe poseer trascendencia anulatoria del negocio cuando, dadas sus circunstancias, fue reconocido o pudo serlo por la otra parte empleando una diligencia normal. Lo contrario llevaría a la solución inicua de que es lícito apro-

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Invalidez de la declaración de voluntad», *ADC*, 1957, pp. 985 ss.
- *Derecho Civil, I*, Introducción y parte general, vol. 2.º, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 14.ª ed., Barcelona, 1996.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «Notas», en Pietrobon, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid, 1971.
- «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, pp. 859 ss.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario: *Elementi di diritto civile*, Milano, 1990.
- APATHY, Peter: «Comentario al § 871 ABGB», en Apathy/Binder, *Comentario a los §§ 859-1089 ABGB*, en AA. VV., *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen* (dir. M. Schwimann), vol. IV, parte 1.ª, Wien, 1988.
- BARBERO, Domenico: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano, I, Introduzione. Parte preliminare. Parte generale. Diritti della personalità. Diritto di famiglia. Diritti reali*, 3.ª ed., Torino, 1950.
- BARCELLONA, Pietro: «In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale», *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pp. 57 ss.
- Voz «Errore», en AA. VV., *Enciclopedia del diritto* (dir. C. Mortati y S. Pugliatti), vol. XV, Milano, 1966.
- BIANCA, C. Massimo: *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 1987 (reedición 1994).
- BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo: *Diritto civile, 1.2, Fatti e atti giurici*, Torino, 1986.
- BLASI, Ferdinando Umberto di: *Commentario al nuovo codice civile italiano. Il libro delle obbligazioni, parte generale*, Milano, 1950.
- BONET RAMÓN, Francisco: *Compendio de Derecho Civil*, t. I, *Parte general*, Madrid, 1959.

---

vecharse del error sufrido por el otro» (*Sistema de Derecho Civil...*, cit., vol. I, p. 499). La misma tesis había sido sostenida con anterioridad por GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, p. 41, quien afirma que un error que haya podido ser evitado, con el despliegue de una diligencia adecuada, no invalida el contrato. No obstante –añade el autor–, «un error inexcusable puede anular el negocio, cuando era conocido por la otra parte o era de tal naturaleza que cualquier persona razonable debía suponer su existencia. De lo contrario sería inicuo aprovecharse del error sufrido por otro». Y prosigue: «El error puede haber sido provocado, “producido” por la conducta dolosa de la otra parte en el negocio jurídico, como admite el artículo 1302. La dificultad práctica radica en matizar cuándo nos encontramos ante la figura del “dolo”, y cuándo ante la del error».

Especialmente certera me parece la opinión de ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, *Obligaciones y contratos*, 6.ª ed., Madrid, 1983, pp. 383-384, el cual conecta la noción de excusabilidad con la idea de protección del perjuicio que sufre la parte destinataria de la declaración de voluntad viciada como consecuencia de la anulabilidad del contrato, perjuicio que –según expone– no debe de tener lugar cuando «el que incidió en error actuó negligentemente al no informarse debidamente de las cualidades o propiedades de la cosa sobre la que iba a contratar». Esta es la postura –prosigue el autor– de la jurisprudencia francesa, y también, pese al silencio del Código Civil, de la española. Se plantea, asimismo, la cuestión de la reconocibilidad del error, y, tras constatar la inexistencia en nuestro Código de normas semejantes a las contenidas en los artículos 1428 y 1431 del Código Civil italiano, se limita a proponer que se tenga en cuenta la conducta de la otra parte para conceder la anulación «si advirtió el error y ponderar las circunstancias del caso si no lo advirtió».

- BREHM, Wolfgang: *Allgemeiner Teil des BGB*, Stuttgart-München-Hannover-Berlin, 1991.
- BURÓN GARCÍA, Gregorio: *Derecho Civil español*, t. III, Valladolid, 1900.
- BUTERA, Antonio: *Il codice civile italiano, Libro delle obbligazioni*, parte 1.<sup>a</sup>, *Delle obbligazioni in generale. Dei contratti in generale. Dei singoli contratti*, Torino, 1943.
- CARIOTA-FERRARA, Luigi: *El negocio jurídico* (traducción y notas a cargo de M. Albaladejo), Madrid, 1956.
- CARRESI, Franco: *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. Cicu y F. Messineo, continuado por L. Mengoni), vol. XXI, t. II, Milano, 1987.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español, común y foral*, III, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *La obligación y el contrato en general*, 15.<sup>a</sup> ed. por G. García Cantero, Madrid, 1988.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de: «De nuevo sobre el error en el consentimiento», *ADC*, 1988, pp. 403 ss.
- CENDON, Paolo: *Commentario al codice civile*, vol. IV, artículos 1173-1654, Torino, 1991.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Instituciones de Derecho Civil español*, t. I, Madrid, 1929.
- *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1919.
- COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, *Parte general y contratos* (revisado y puesto al día por M. de Cossio y J. León Alonso), Madrid, 1988.
- CUPIS, Adriano de: *La scusabilità dell'errore nei negozi giuridici. Con particolare riferimento ai contratti*, en *Monografie de «Il foro della Lombardia»*, *Studii di diritto civile, commerciale e processuale civile* (dir. F. Messineo y M.T. Zanzucchi), vol. XVII, Padova, 1939.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995.
- DITTRICH, Robert, y TADES, Helmut: *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* (eds. 24-30 por H. KAPFER), 33.<sup>a</sup> ed. (en colaboración con G. Hopf, y G. Molterer), Wien, 1989.
- ENNECERUS, Ludwig: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, en *Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, parte 2.<sup>a</sup>, 50.<sup>a</sup> ed. revisada por H. C. Nipperdey, Tübingen, 1960.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, *Obligaciones y contratos*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1983.
- FALCÓN, Modesto: *Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1893.
- FEDELE, Alfredo: «Comentario al artículo 1428 del Código Civil italiano», en *AA. VV., Codice civile. Libro delle obbligazioni*, vol. I, *Delle obbligazioni in generale e dei contratti in generale* (dir. M. D'Amelio y E. Finzi), Firenze, 1948.

- FEIL, Erich: *ABGB. Handkommentar für die Praxis*, vol. V, *Schuldrecht/Allgemeiner Teil*, §§ 859-937, Eisenstadt, 1977.
- FUBINI, Riccardo: *Voz «Errore (en materia civile)»*, en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica italiana* (dir. P. S. Mancini), vol. V, parte II, Milano, 1906.
- GALGANO, Francesco: *Il negozio giuridico*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. Cicu y F. Messineo, continuado por L. Mengoni) vol. III, t. I, Milano, 1988.
- GAZZONI, Francesco: *Manuale di diritto privato*, 2.<sup>a</sup> ed., Napoli, 1990.
- GHESTIN, Jacques: *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, en *Bibliothèque de Droit privé* (dir. H. Solus) t. XLI (prefacio de J. Boulanger), 3.<sup>a</sup> ed., Paris, 1971.
- GSCHNITZER, Franz: «Der Irrtum», en AA. VV., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (dir. H. Klang/F. Gschnitzer), 2.<sup>a</sup> ed., vol. IV, parte 1.<sup>a</sup>, §§ 859-1044, Wien, 1968.
- GUHL, Theo: *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8.<sup>a</sup> ed. por A. Koller y J. N. Druey, Zürich, 1991.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969.
- HEINRICHS, Helmut: «Comentario al § 119 BGB», en AA. VV., *Bürgerliches Gesetzbuch* (ed. originaria por O. Palandt (51.<sup>a</sup> ed., München, 1992).
- JAUERNIG, Othmar: «Comentario al § 119 BGB», en AA. VV., *Bürgerliches Gesetzbuch* (dir. O. Jauernig), 6.<sup>a</sup> ed., München, 1991.
- KÖHLER, Helmut: *BGB, Allgemeiner Teil*, 21.<sup>a</sup> ed. por H. Lange, München, 1991.
- KOZIOL, Helmut, y WELSER, Rudolf: *Grundriss des bürgerlichen Rechts*. vol. I, *Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, 9.<sup>a</sup> ed., Wien, 1992
- LUNA SERRANO, Agustín: «La voluntad negocial y sus vicios», en Lacruz Berdejo *et alii*, *Elementos de Derecho Civil, I, Parte general del Derecho Civil*, vol. 3.<sup>o</sup>, *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1990.
- «Los vicios del consentimiento contractual», en Lacruz Berdejo *et alii*, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 2.<sup>o</sup>, *Teoría general del contrato*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1987.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1907.
- MARKL, Christian, y SCHOPPER, Johanna: «Irrtum. Allgemeines», en Gschnitzer, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 2.<sup>a</sup> ed. por C. Faistenberger/H. Barta (en colaboración con varios autores), Wien-New York, 1992.
- MARTINI, Angelo de: «In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale nel contratto», *Foro it.*, 1952, I, c. 431 ss.
- MEDICUS, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, 4.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1990.
- MESSINEO, Francesco: *Il contratto in genere*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. Cicu y F. Messineo), vol. XXI, t. 2.<sup>o</sup>, Milano, 1973.
- MIRABELLI, Giuseppe: «Dei contratti in generale», en AA. VV., *Commentario del codice civile*, Libro IV, t. II, título II, Torino, 1967.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «De la excusabilidad a la imputabilidad en el error», *AAMN*, t. XXIX, pp. 50 ss.
- NAVARRO AMANDI: *Cuestionarios del Código Civil reformado*, t. IV, Madrid, 1891.
- PANDOLFELLI, G./SCARPELLO, G./RICHTER, M. S./DALLARI, G.: *Codice civile, Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942.
- PATANIA, Pier Luigi: «Sulla scusabilità e riconoscibilità dell'errore», *Foro it.*, 1958, IV, c. 199 ss.

- PAWLOWSKI, Hans Martin: *Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, 4.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1993.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas/ALGUER, José: «Notas», en Ennecerus/Nepperdey, *Derecho Civil, Parte general*, en Ennecerus/Kipp/Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 2.<sup>o</sup>, *Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos. Pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos, primera parte*, 3.<sup>a</sup> ed. al cuidado de A. Hernández Moreno y M. C. Gete-Alonso, Barcelona, 1981.
- PETERS, Frank: *BGB. Allgemeiner Teil*, en *Schaeffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft*, t. I, Heidelberg, 1991.
- PIETROBON, Vittorino: *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.
- PIOLA, Giuseppe: Voz «Errore (civile)», en AA. VV., *Il Digesto italiano* (dir. L. Lucchini), vol. X, Torino, 1895-1898.
- RESCIGNO, Pietro: *Manuale del diritto privato italiano*, 10.<sup>a</sup> ed., Napoli, 1993.
- ROSSELLO, Carlo: «Riconoscibilità dell'errore», en AA. VV., *I contratti in generale* (dir. G. Alpa y M. Bessone), IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, t. II, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (fundada por W. Bigiavi), Torino, 1991.
- RUMMEL, Peter: «Comentario al § 871 ABGB», en AA. VV., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (dir. P. Rummel), 2.<sup>a</sup> ed., vol. I, §§ 1-1174 ABGB, Wien, 1990.
- SACCO, Rodolfo: «L'errore», en Sacco/De Nova, *Il contratto*, t. I, en *Trattato di diritto civile* (dir. R. Sacco), Torino, 1993.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, t. II, *Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1911.
- SCOGNAMIGLIO, Renato: *Contratti in generale*, en *Trattato di diritto civile* (dir. G. Grosso e F. Santoro-Pasarelli) vol. IV, fasc. 2.<sup>o</sup>, 3.<sup>a</sup> ed., Milano, 1972.
- STOLFI, N./STOLFI, F.: *Il nuovo codice civile commentato, Libro IV, Delle obbligazioni*, t. I, Napoli, 1949.
- TORRALBA: *Derecho Civil para Ciencias Económicas y Empresariales*, vol. II, Barcelona (sin fecha).
- TORRENTE, Andrea/SCHLESINGER, Piero: *Manuale di diritto privato*, 14.<sup>a</sup> ed., Milano, 1994.
- VON TUHR, Andreas: *Derecho Civil, Teoría general del Derecho Civil alemán*, vol. II, parte 2.<sup>a</sup>, *Los hechos jurídicos. El negocio jurídico (continuación)* (traducción por T. Ravá), Buenos Aires, 1947.
- TRABUCCHI, Alberto: *Istituzioni di diritto civile*, 35.<sup>a</sup> ed., Padova, 1993.
- TROISI, Bruno: *Diritto civile. Lezioni*, Napoli, 1991.
- TRIMARCHI, Pietro: *Istituzioni di diritto privato*, 9.<sup>a</sup> ed., Milano, 1991.
- WIEFELS, J.: *Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil des BGB*, ed. por H. Berg, en *Schaeffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft, Abteilung I: Privat- und Prozessrecht* (dir. von Rosen-von Hoewel), vol. I, Heidelberg, 1981.
- ZATTI, Paolo: *Diritto civile*, Padova, 1990.
- ZATTI, Paolo/COLUSSI, Vittorino: *Lineamenti di diritto privato*, 2.<sup>a</sup> ed., Padova, 1989.

# Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual

XABIER BASOZABAL  
Universidad Carlos III

SUMARIO: 1. *Las líneas maestras de la dreifache Schadensberechnung.*—2. *El fundamento dogmático.*—3. *La motivación del obrar de la jurisprudencia.*—4. *Opiniones doctrinales:* 4.1 *La dreifache Schadensberechnung en el derecho de daños.* 4.2 *Crítica a la dreifache Schadensberechnung desde el derecho de enriquecimiento.* 4.3 *Otras críticas a la práctica jurisprudencial de la dreifache Schadensberechnung:* a) *La idoneidad de los métodos especiales de cómputo del daño.* b) *Incorrecta equiparación de planos.* c) *La articulación procesal de la triple opción.* d) *La diligencia exigible.* e) *Consideraciones finales.*—5. *La dreifache Schadensberechnung en el Derecho español.*

Antes de la entrada en vigor del BGB, la jurisprudencia del *Reichsgericht* (Tribunal Supremo de la Alemania imperial) había elaborado una construcción teórica acerca de las posibles maneras de computar el daño en las acciones indemnizatorias concedidas por leyes particulares en el ámbito de protección de los derechos sobre bienes inmateriales. La propuesta, que tuvo un éxito rotundo e inmediato, fue asimilada sin fisuras por la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo federal), quien reconoció su valor jurídico consuetudinario. Finalmente, tampoco el legislador alemán pudo sustraerse a su influencia y acabó por incorporarlo, si bien parcialmente, en alguna de las leyes especiales sobre la materia.

El legislador español también ha acabado por realizar una particular adaptación de esta construcción jurisprudencial y la ha trasladado a nuestras leyes vigentes de protección industrial e intelectual. La acogida laudatoria con que ha sido recibido su contenido y la falta de interés por su origen, justificación y conveniencia por parte de nuestra doctrina cientí-



fica<sup>1</sup> contrastan con la polémica abierta en Alemania sobre su naturaleza jurídica, incardinación dentro del Derecho privado, funciones y consecuencias jurídicas<sup>2</sup>. Alertados por esta circunstancia, consideramos que el estudio de la llamada *dreifache Schadensberechnung* o «método triple de cómputo del daño» resulta esencial para enjuiciar adecuadamente las normas del Derecho positivo español que de alguna forma la han recibido (arts. 66.2 LP, 38.2 LM y 135 LPI).

## 1. LAS LÍNEAS MAESTRAS DE LA DREIFACHE SCHADENSBERECHNUNG

La historia de esta construcción jurisprudencial comienza con la sentencia del *Reichsgericht* de 8 de agosto de 1895<sup>3</sup>, también denominada sentencia «Ariston». Se trataba de un caso en el que el demandado había utilizado composiciones musicales del demandante sin su permiso para su reproducción y difusión a través de un aparato musical mecánico, éste sí, inventado y construido por el propio demandado<sup>4</sup>. El problema para la concesión de la acción indemnizatoria radicaba en que no existía un daño en el sentido de la teoría de la diferencia<sup>5</sup>; por el contrario, el

<sup>1</sup> BAYLOS CORROZA: *Tratado de derecho industrial*, 2.ª ed., Madrid, 1993, pp. 350, 662, 759 y 837; «Nota de urgencia sobre el proyecto de nueva Ley de Patentes, con referencia especial a sus normas procesales», *RGLJ*, 1985, pp. 105 ss. BOTANA AGRA: «Transmisión y defensa de la patente en la nueva Ley española de Patentes», *Actas de derecho industrial*, II, año 1985-1986, pp. 103 ss. FERNÁNDEZ-NOVOA: *Derecho de marcas*, Madrid, 1990, pp. 180 ss. FERNÁNDEZ-NOVOA y GÓMEZ SEGADE: *La modernización del Derecho español de patentes*, Madrid, 1984, pp. 205 ss. GÓMEZ SEGADE: «Panorámica de la nueva Ley de Patentes española», *RJC*, 1987, pp. 839 ss., y 1988, pp. 9 ss.; *La ley de patentes y modelos de utilidad*, Madrid, 1988, pp. 112 ss. LEMA DEVESA: «Las acciones procesales en la Ley de Marcas», *Actas de derecho industrial*, 13, año 1989-1990, pp. 53 ss. MARTÍN I CASALS, «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor» en *El mercado de las ideas* (dir. por SALVADOR CODERCH), Madrid, 1990, pp. 398 y 399. PEDEMONTTE FEU: *Comentarios a la Ley de Patentes*, Barcelona, 1988, pp. 136 ss. POMBO: «Determinación de daños y perjuicios en la propiedad industrial», en *Curso sobre derecho industrial, Patentes y Marcas. Jurisdicción y normas procesales. Jurisprudencia europea y comunitaria*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 249 ss. Como excepciones al «conformismo» doctrinal: DíEZ-PICAZO, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por Rodrigo BERCOVITZ-CANO), Madrid, 1989, artículo 125, pp. 1694 ss. PORTELLANO: *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1995, pp. 147 ss. Véase, también, CARRASCO PERERA, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por Rodrigo BERCOVITZ-CANO), Madrid, 1989, artículos 123, 124 y 126, pp. 1633 a 1694 y 1699 ss.; en la segunda edición de esta misma obra (Madrid, 1997), artículos 133, 134, 135 y 136, pp. 1733 a 1808. FERNÁNDEZ-NOVOA replantea su posición en *El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial*, discurso de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, La Coruña, 1996, pp. 19 ss.

<sup>2</sup> VON CAEMMERER: «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en *Gesammelte Schriften*, I, Tübingen, 1968, pp. 231 ss. REUTER/MARTINEK: *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen, 1983, pp. 251 ss.

<sup>3</sup> RGZ, 35, pp. 63 ss.

<sup>4</sup> BÜSCHING: *Der Anwendungsbereich der Eingriffskondition im Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 1992, pp. 33 y 34.

<sup>5</sup> PANTALEÓN: *Comentario del Código Civil*, II, 2.ª ed., Madrid, 1993, artículo 1902, p. 1989. La llamada «teoría de la diferencia» defiende como concepto de daño «la dismi-

demandante y su obra habían ganado cierta popularidad gracias a la acción intromisiva. Éste fue precisamente el argumento que el tribunal de apelación utiliza para denegar la concesión de la acción de daños. Sin embargo, el *Reichsgericht* consigue dar la vuelta al razonamiento apoyándose para ello en el parágrafo 18.VI de la Ley de Derecho de Autor de 11 de junio de 1870 (entonces vigente), según la cual el responsable de la intromisión que hubiese actuado sin culpa responde por el daño causado con el límite del importe del enriquecimiento experimentado.

A partir de esta confusa idea de responsabilidad por daño sin culpa en la medida del enriquecimiento obtenido, el *Reichsgericht* estima que la determinación del daño en estos casos depende de qué entendamos como hecho causante del perjuicio<sup>6</sup>: si se trata de *la acción del demandado globalmente considerada*, el daño corresponde a la diferencia experimentada por el patrimonio del demandante que tal acción haya podido causar; ahora bien, si vemos como determinante el que la intromisión se haya llevado a cabo *sin el consentimiento del demandante*, el daño viene representado por el importe de la regalía que éste hubiera podido exigir al demandado; por último, y en tercer lugar, si lo fácticamente relevante es que el demandado *se haya atribuido y quedado con los frutos y provechos derivados del ejercicio del derecho del demandante*, el daño estará constituido por la ganancia que aquél haya obtenido. De alguna forma, se permite al sujeto «lesionado» fraccionar el acontecimiento que provoca el daño en sus componentes y seleccionar de entre ellos el que mejor le convenga como fundamento para la pretensión indemnizatoria<sup>7</sup>.

Desde un punto de vista práctico, el demandante puede optar por computar el daño de alguna de estas tres formas: la tradicional para medir el lucro cesante o diferencia presunta entre el estado actual de su patrimonio y el que tendría de no haberse producido la acción dañosa, la cantidad que hubiera tenido que abonar el demandado como cesionario de la explotación del derecho usurpado (*Lizenzgebühr*) o la ganancia que el intromisor ha obtenido (*Verletzervorteil*)<sup>8</sup>.

En la versión consolidada de esta doctrina jurisprudencial, la facultad de opción entre estas tres posibilidades no se pierde hasta que se da la fijación definitiva del daño resarcible, momento hasta el cual cabe revocar la decisión anterior sin que ello constituya un cambio de demanda<sup>9</sup>.

---

nación patrimonial dada por la diferencia entre el valor actual del patrimonio del dañado y el valor que dicho patrimonio habría tenido, de no haberse producido el hecho dañoso».

<sup>6</sup> JAKOBS: *Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung*, Bonn, 1964, p. 82. En la particular interpretación que da Jakobs de esta sentencia el *Reichsgericht* otorga una auténtica pretensión de enriquecimiento.

<sup>7</sup> DÄUBLER: «Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns - atypische Formen des Schadensersatzes», *JuS*, 1969, p. 49.

<sup>8</sup> DÄUBLER: *Anspruch...*, cit., p. 49 ss. JAKOBS: *Eingriffserwerb...*, cit., pp. 81 ss. LOEWENHEIM: «Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *ZHR* (135), 1971, pp. 97 ss.

<sup>9</sup> ASSMANN: «Schadensersatz in mehrfacher Höhe des Schadens», *BB*, 1985, pp. 16 ss. DÄUBLER: *Anspruch...*, cit., p. 54. KÖNIG: «Gewinnhaftung», en *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, p. 195. KRASSER: «Schadensersatz für Verletzungen von

Según la opinión dominante sólo así se atienden suficientemente los intereses del demandante, el cual no puede conocer desde un primer momento (al presentar la demanda) cuál es el método que más le conviene. Con el fin de valorar esta conveniencia le son también concedidas al demandante acciones auxiliares de información y rendición de cuentas, esenciales para conocer los datos que faciliten una correcta elección<sup>10</sup>.

También hay que tener en cuenta que la primera opción de cómputo del daño (lucro cesante en el sentido tradicional) comporta la prueba de la razonable previsibilidad de la ganancia obtenible, así como de la relación causal entre la acción intromisiva y el hecho de que la ganancia no se haya obtenido, lo cual topa con numerosas dificultades prácticas<sup>11</sup>. Algo similar ocurre si optamos por el método tercero (ganancia obtenida por el intromisor), el cual exige la prueba de la existencia de la ganancia, así como de la relación causal existente entre ésta y la acción intromisiva, labor especialmente difícil cuando el objeto de la usurpación se introduce en un proceso productivo o comercial en el que, además de él, intervienen otros muchos factores, entre los que probablemente se encuentren el capital, el trabajo y la propia iniciativa del intromisor<sup>12</sup>.

Por el contrario, para el cómputo del «daño-licencia» no se exige la razonable previsión de que el titular del derecho hubiese llevado a cabo una cesión onerosa de no ser por la intromisión. Basta la acción usurpatoria para que se conceda esta medida «indemnizatoria». La simplicidad en la concesión y la ausencia de requisitos probatorios constituyen las razones por las que este segundo método de cómputo del daño ha sido el más utilizado, aunque como contrapartida pueda agregarse que también ha sido el que menores cotas «indemnizatorias» ha otorgado, lo cual le ha hecho merecedor de numerosas críticas<sup>13</sup>.

---

gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht», *GRUR Int*, 1980, pp. 260 ss. LEISSE y TRAUB: «Schadensschätzung im unlauteren Wettbewerb», *GRUR*, 1980, p. 4. PREU: «Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei Verletzung von Patenten», *GRUR*, 1978, p. 756. ULLMANN: «Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht», *GRUR*, 1978, p. 67.

<sup>10</sup> DELAHAYE: «Kernprobleme der Schadensberechnungsarten bei Schutzrechtsverletzungen», *GRUR*, 1986, p. 221. KRASSER: *Schadensersatz...*, cit., p. 261. La buena fe —señala Krasser— debe ser el principio rector en la exhibición de datos llevada a cabo por el intromisor. PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 757.

<sup>11</sup> LEISSE: «Die Fiktion im Schadensersatzrecht», *GRUR*, 1988, p. 91. LEISSE y TRAUB: *Schadensschätzung...*, cit., pp. 9 ss. Estos autores proponen una fórmula matemática que posibilite la cuantificación del lucro cesante. PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 756.

<sup>12</sup> DELAHAYE: *Kernprobleme...*, cit., p. 218. PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 757. KÖNIG: *Gewinnhaftung...*, cit., pp. 190 ss.

<sup>13</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., pp. 15 ss. KAISER: «Die Nutzungsherausgabe im Bereicherungsrecht», Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen, 1987, p. 160. KÖRNER: «Die Aufwertung der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte durch die Rechtsprechung zum Verletzervorteil und zu den aufgelaufenen Zinsen», *GRUR*, 1983, pp. 611 ss. VOLLRATH: «Zur Berücksichtigung der Entwicklungs- und Schutzrechtskosten bei der Bemessung der Schadensersatz-Lizenzgebühr für Patentverletzung», *GRUR*, 1983, pp. 52 ss.

Se trata, por lo tanto, de tres alternativas o tipos de cómputo del daño a liquidar en el ámbito de una acción de daños, y no de pretensiones independientes<sup>14</sup>. Su aplicación no implica la exclusión del resarcimiento del daño emergente probado, o de los gastos necesarios para su eliminación (reales o ficticios)<sup>15</sup>, si bien la jurisprudencia no ha sido muy clara sobre este punto<sup>16</sup>. A modo de ejemplo se admiten como daños resarcibles, al margen de la triple opción, el provocado por la confusión creada en el mercado, o por el desprestigio que la acción intromisiva haya podido causar en la reputación comercial del demandante<sup>17</sup>.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la doctrina contenida en el caso *Ariston* para el derecho de autor fue pronto extendida al derecho de patentes<sup>18</sup> y al de modelos de utilidad industrial<sup>19</sup>, no así al de marcas<sup>20</sup>. El *Bundesgerichtshof* continuó esta línea expansiva y aplicó la *dreifache Schadensberechnung* a otros derechos sobre bienes inmateriales, como los modelos y dibujos industriales, los derechos de la personalidad (derecho al nombre y a la propia imagen) y, finalmente, también a las marcas<sup>21</sup>. El grado máximo de extensión lo ha reconocido el Tribunal Supremo Federal Alemán al romper la frontera tradicional de los derechos absolutos y otorgar la posibilidad de acogerse a la *dreifache Schadensberechnung* para todos aquellos titulares de derechos de exclusiva (derechos que otorgan un ámbito de explotación exclusiva a su titular y que habitualmente se comercializan a cambio de una licencia de explotación, *Ausschliesslichkeitsrechte*) como los secretos industriales<sup>22</sup>, o las posiciones de mercado violadas por prácticas de imitación servil<sup>23</sup>. Por último, la influencia de esta particular

<sup>14</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., p. 16. PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 755.

<sup>15</sup> LEISSE: *Die Fiktion...*, cit., pp. 91 y 92. Afirma el autor que en el derecho de daños se habla sin distinguir suficientemente de tres tipos de ficciones: ficción del daño, ficción de la indemnización y ficción del cómputo del daño. El daño ficticio es aquel que aun no existiendo es impuesto por la ley. La indemnización ficticia es aquella por la que se abonan los costes de reparación del daño real aunque ésta no se lleve a cabo (el daño existe, no así su reparación natural, que queda sustituida por un valor que puede ser o no utilizado en dicha reparación en virtud del derecho de disposición). La ficción del cómputo del daño puede obedecer a que el legislador conceda o imponga un cómputo normativo que hace innecesario el real, o bien a que éste sea imposible o sumamente difícil. En este último caso las ficciones pueden consistir en conceder al tribunal una gran libertad en la labor de computar el daño, o bien en la concesión de módulos de aproximación a la restitución *in natura*, como pueden serlo el importe de la licencia adecuada que hubiese justificado la acción del «dañador» o el de la ganancia obtenida por éste.

<sup>16</sup> LEISSE y TRAUB: *Schadensschätzung...*, cit., p. 3.

<sup>17</sup> BGHZ, 44, pp. 372 ss. BGH en GRUR, 1975, pp. 85 ss.

<sup>18</sup> RGZ, 43, pp. 56 ss.

<sup>19</sup> RGZ, 56, pp. 111 ss.

<sup>20</sup> RGZ, 47, pp. 100 ss.; 58, pp. 321 ss. y 108, pp. 1 ss.

<sup>21</sup> LOEWENHEIM: *Möglichkeiten...*, cit., pp. 88 y 89. En este proceso —señala el autor— resultó determinante la sentencia de 8 de mayo de 1956 en la que el *Bundesgerichtshof* concede al actor Paul Dahlke una compensación ajustada a la regalía que hubiese sido jurídicamente exigible por la utilización de su imagen en una campaña publicitaria. SACK: «Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts», en *Festschrift für Heinrich Hubmann*, 1985, pp. 373 ss.

<sup>22</sup> BGH, en GRUR, 1977, pp. 539 ss.

<sup>23</sup> BGHZ, 17, pp. 116 ss., y 60, pp. 168 ss.

construcción ha llegado a provocar un reconocimiento legislativo parcial de la misma. El parágrafo 97.I de la Ley de Derecho de Autor de 1965 determina que la restitución de la ganancia obtenida por el intromisor puede ser exigida en lugar de la indemnización de daños y perjuicios <sup>24</sup>.

## 2. EL FUNDAMENTO DOGMÁTICO

La coherencia dogmática de esta construcción jurisprudencial es, sin duda, su punto más oscuro y criticado. Al margen de la escasa consistencia con la que el *Reichsgericht* interpreta el parágrafo 18.VI de la mencionada Ley de Derecho de Autor de 1870, su principal y casi único argumento es la cita de su propio precedente <sup>25</sup>; por lo demás, sus «explicaciones» son tan confusas y contradictorias que apenas arrojan luz alguna al respecto <sup>26</sup>. Hasta 1914 el *Reichsgericht* habla indistintamente tanto de formas de indemnización del daño como de verdaderas acciones de enriquecimiento que cumplen los requisitos legales de la acción indemnizatoria. Su jurisprudencia es consciente de la mezcla de componentes que se da en este peculiar cómputo del daño, unos provenientes del derecho indemnizatorio de daños y otros del restitutorio de enriquecimientos, sin llegar a decidirse por uno de ellos con exclusividad.

Sin embargo, tras el lapso de la Primera Guerra Mundial, la jurisprudencia simplifica sus consideraciones limitándose a señalar que «licencia» y «ganancia obtenida por el intromisor» son meras medidas indemnizatorias, llegando incluso a excluir expresamente la procedencia de acciones de enriquecimiento en las materias afectadas <sup>27</sup>. Jakobs sostiene que esta idea apareció originariamente como *obiter dicta* sin ánimo de dirimir ninguna cuestión principal, pero que posteriormente fue utilizada como *ratio decidendi*. Lo cierto es que «creó» el convencimiento de que la acción de enriquecimiento quedaba excluida en la protección de los derechos sobre bienes inmateriales, entendiendo que la regulación de las leyes especiales era excluyente en este punto, y relegando al ámbito del derecho de daños

---

<sup>24</sup> Solución que parece estar tomada del «waiver of tort» del derecho anglosajón, institución que ha sido cuestionada por la propia doctrina anglosajona. BEATSON (*The use and abuse of unjust enrichment*, Oxford, 1991, pp. 206 ss.) opina que el «waiver of tort» debería verse simplemente como un tipo de acción restitutoria por ilegítima adquisición de un beneficio (p. 243). BIRKS: *An introduction to the law of restitution*, Oxford, 1985, pp. 316 ss.

<sup>25</sup> LOEWENHEIM: *Möglichkeiten...*, cit., p. 99.

<sup>26</sup> JAKOBS: *Eingriffserwerb...*, cit., p. 84.

<sup>27</sup> RGZ, 113, pp. 413 ss.

<sup>28</sup> JAKOBS: *Eingriffserwerb...*, cit., pp. 85 ss. Afirma el autor que, como consecuencia de esta postura, el *Reichsgericht* rechazó la posibilidad de considerar como daño del demandante el ahorro de gastos del demandado (el cual, sin embargo, sí puede constituir un enriquecimiento), e ignoró el hecho de que la ganancia hubiera desaparecido del patrimonio de éste con anterioridad al ejercicio de la pretensión indemnizatoria (también relevante en el ámbito de la acción de enriquecimiento por imperativo del § 818.III BGB).

tanto la restitución de la ganancia como la de la licencia<sup>28</sup>.

Al *Bundesgerichtshof* le resulta verdaderamente difícil justificar la restitución de la ganancia en sede de derecho de daños y en numerosas ocasiones acude (a través del mecanismo de la aplicación analógica) a los preceptos de la gestión de negocios ajenos sin mandato para apoyarla<sup>29</sup>, facilitando también la concesión de pretensiones de información y rendición de cuentas<sup>30</sup>. Sin embargo, no siempre se justifica así la restitución de la ganancia y se habla de una pretensión compensatoria por utilización antijurídica de un derecho protegido, a la que se da el título de acción indemnizatoria<sup>31</sup>; o se afirma que el hecho de que el daño se compute a través de la ganancia obtenida por el intromisor según los principios del derecho de enriquecimiento o de la gestión de derechos ajenos sin mandato no altera en nada que lo que exista sea una pretensión de indemnización de daños y perjuicios<sup>32</sup>.

Tampoco la justificación de la restitución de la licencia como daño es más consistente. El *Bundesgerichtshof* hace referencia lo mismo a un «tipo de cómputo del daño»<sup>33</sup>, que a un «complemento de naturaleza consuetudinaria para los casos de violaciones de derechos de exclusiva»<sup>34</sup>.

Los problemas dogmáticos que genera esta escasa coherencia, como, por ejemplo, el hecho de que la restitución de la ganancia sólo estuviese contemplada por los preceptos reguladores de la gestión de negocios ajenos sin mandato *para el gestor doloso* (circunstancia que no había sido respetada por la jurisprudencia), fueron superados, o más bien ocultados, a partir del reconocimiento jurisprudencial del rango jurídico consuetudinario de la hasta entonces mera jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>35</sup>.

### 3. LA MOTIVACIÓN DEL OBRAR DE LA JURISPRUDENCIA

Muchas han sido las consideraciones en torno a los móviles de la actuación jurisprudencial a la hora de crear y consagrar una doctrina tan poco labrada desde un punto de vista dogmático.

Sin duda, una idea fundamental al respecto la facilita el hecho de que los mecanismos tradicionales de resarcimiento del daño y sus exigencias

<sup>29</sup> De la remisión del párrafo 687.II al párrafo 681 y de la que éste hace al párrafo 667 (en sede de mandato) la doctrina deduce unánimemente la obligación de restituir la ganancia («todo lo que obtenga por la gestión del negocio», párrafo 667) por parte del intromisor de mala fe.

<sup>30</sup> *BGHZ*, 20, pp. 353 ss.; *BGHZ*, 34, pp. 320 ss., y *BGH*, en *GRUR*, 1962, pp. 509 ss.

<sup>31</sup> *BGH*, en *GRUR*, 1962, pp. 509 ss.

<sup>32</sup> *BGH*, en *GRUR*, 1963, pp. 640 ss.

<sup>33</sup> *BGHZ*, 20, pp. 345 ss.

<sup>34</sup> *BGHZ*, 26, pp. 349 ss.

<sup>35</sup> *BGHZ*, 20 pp. 353 ss.; *BGH*, en *GRUR*, 1962, pp. 509 ss. JAKOBS: *Eingriffserwerb...*, cit., p. 90.

probatorias contrastan con las dificultades graves que los titulares de derechos sobre bienes inmateriales encuentran para cumplirlas: dificultades en la prueba del daño e incluso dudas sobre la existencia del mismo<sup>36</sup>; dificultades probatorias en torno a la relación causal entre la intromisión y el daño (ganancia dejada de obtener); dificultades en la detección y localización de las intromisiones, así como en la adopción de medidas preventivas para evitarlas<sup>37</sup>.

Todo ello provocó la necesidad de facilitar y simplificar la protección indemnizatoria. Se ha hablado reiteradamente de la especial facilidad de estos derechos para ser dañados y de su dificultad para ser reparados, lo cual parece implicar la procedencia de una protección singular adaptada a estas circunstancias<sup>38</sup>.

El panorama se complica considerablemente si tenemos en cuenta que la doctrina jurisprudencial que comentamos surgió con anterioridad a la entrada en vigor del BGB, y como complemento a la protección de bienes inmateriales, que ya había sido regulada por leyes especiales. Una vez en vigor el Derecho Civil codificado, se planteó el problema adicional de la compatibilidad entre las protecciones generales por éste contempladas y las que de forma específica habían sido previstas por aquéllas.

El legislador de estas leyes particulares no tuvo un criterio homogéneo aplicable a los distintos derechos. Así, para el Derecho de Autor, tal y como ya se ha señalado, la Ley de 11 de junio de 1870 preveía una acción por daños sin culpa con el límite del enriquecimiento del intromisor. Una acción tal debía necesariamente causar confusión en la interpretación jurisprudencial sobre su naturaleza jurídica, puesto que, si bien su fundamento (el daño) es el de una acción indemnizatoria, tanto la consideración del elemento subjetivo (el nacimiento de la responsabilidad no depende de la culpa) como sus consecuencias jurídicas (la restitución del enriquecimiento) pertenecen al ámbito del derecho de enriquecimiento.

Lo cierto es que, intencionalmente o no, el legislador influyó en que la jurisprudencia admitiese también pretensiones de responsabilidad sin culpa, esto es, verdaderas acciones de enriquecimiento en el ámbito del Derecho

<sup>36</sup> Recordemos que en algunos casos –como en el mencionado caso *Ariston*– la intromisión puede ocasionar incluso ventajas en el patrimonio del titular del derecho usurpado.

<sup>37</sup> DÄUBLER: *Anspruch...*, cit., p. 51.

<sup>38</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., pp. 15 ss. DÄUBLER: *Anspruch...*, cit., pp. 49 ss. ESSER/SCHMIDT: *Schuldrecht*, I-2.º, 7.ª ed., Heidelberg, 1993, p. 204. LEISSE y TRAUB: *Schadensschätzung...*, cit., p. 2. TEPLITZKY: «Die Durchsetzung des Schadensersatzzahlungsanspruchs im Wettbewerbsrecht», *GRUR*, 1987, p. 216. LOEWENHEIM: *Möglichkeiten...*, cit., p. 115. Para explicar la especial necesidad de protección, este último autor defiende que el tratamiento diferenciado se hace necesario debido a que la naturaleza incorporeal de los objetos sobre los que recaen los derechos que nos ocupan impide la delimitación del ámbito protegido, siendo de cuenta del titular la prueba de que el evento dañoso afecta a su ámbito de exclusividad.

<sup>39</sup> ULLMANN: *Die Verschuldenshaftung...*, cit., p. 616.

de Autor<sup>39</sup>, y que siguiera admitiéndolas después de la entrada en vigor del BGB y hasta 1914 (la nueva Ley de 1901 no introdujo ninguna novedad sobre este punto) como pretensiones generales por éste previstas y compatibles con la legislación especial (que confusamente reconoce la responsabilidad por daño sin culpa). Tampoco la desafortunada redacción del párrafo 97.II de la Ley de Derecho de Autor de 1965 aclara la distinción entre acciones de daños y de enriquecimiento, puesto que con su expresión «en lugar» nada dice sobre si la restitución de la ganancia fruto de la intromisión sustituye a la indemnización en el cómputo de ésta y en su función, o si, por el contrario, se trata de una pretensión sustancialmente diferente, con lo que cabría dudar de la procedencia de la alternatividad<sup>40</sup>.

La legislación especial de protección de la propiedad industrial apuntaba precisamente en sentido contrario. La Ley de Patentes de 25 de mayo de 1877 concedía el resarcimiento sólo frente a acciones dolosas del intromisor<sup>41</sup>. En la Ley de 7 de abril de 1891, el párrafo 35 extendió la responsabilidad a los casos de culpa grave<sup>42</sup>, y sólo con la Ley de 5 de mayo de 1936 se normaliza el requisito subjetivo de la acción genérica de daños, admitiendo también la responsabilidad por culpa leve, si bien se introduce una novedad que dio lugar a nuevas confusiones. El párrafo 47.II prevé para los casos de culpa leve que el tribunal pueda sustituir la indemnización ordinaria de daños por una compensación equitativa cuya cuantía debe fijarse con el doble límite del enriquecimiento obtenido por el intromisor y el daño efectivamente sufrido por el titular del derecho usurpado. Parte de la doctrina ha pretendido ver en este precepto un reconocimiento legislativo de la *dreifache Schadensberechnung* jurisprudencial<sup>43</sup>.

Es evidente que una actitud legislativa tan restrictiva en materia de indemnización de daños no daba pie a una jurisprudencia proclive a la concesión de acciones de enriquecimiento, que prescinden incluso de la necesidad de todo requisito subjetivo (con toda la carga de confusión que denota este paralelismo). De hecho, la jurisprudencia había concedido originariamente acciones de enriquecimiento con consecuencias económicas tan graves para el intromisor que se pensó que resultaban inadecuadas para su aplicación a las acciones no culposas<sup>44</sup>. De esta manera, el *Reichsgericht*, al admitir baremos restitutorios (licencia, ganancia obtenida por intromisión), pero haciéndolos depender de la culpa (dentro de la acción de daños), llegaba a una solución equitativa de compromiso<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Párrafo 97.II de la Ley de Derecho de Autor de 1965: «en lugar de la indemnización de daños, el dañado puede exigir la restitución de la ganancia que el intromisor ha obtenido a través de la violación del derecho y la rendición de cuentas respecto de esta ganancia».

<sup>41</sup> ULLMANN: *Die Verschuldenshaftung...*, cit., p. 615.

<sup>42</sup> Lo cual desató el problema de cuándo una culpa podía ser considerada como grave.

<sup>43</sup> JAKOBS: *Eingriffserwerb...*, cit., p. 89. PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 754.

<sup>44</sup> BATSCHE: *Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe*, Marburg, 1968, pp. 21 ss.

<sup>45</sup> JAKOBS: *Eingriffserwerb...*, cit., p. 88.



Para justificar la exclusión de las acciones de enriquecimiento y la reconversión no reconocida de sus módulos restitutorios en módulos del daño indemnizable, la jurisprudencia contradujo su criterio en materia de derecho de autor y afirmó que el carácter especial de las leyes sobre la materia y el tratamiento homogéneo que su regulación demandaba<sup>46</sup> hacían imposible su compatibilidad con las previsiones generales del recién estrenado Código<sup>47</sup>. Hasta el año 1976 se rechazan las acciones de enriquecimiento alegando la necesidad de protección del tráfico jurídico ante pretensiones abusivas que paralizarían el mercado<sup>48</sup>.

Para ayudar al entendimiento de este fenómeno de confusión, algunos autores han señalado que otro factor decisivo en el pensamiento del *Reichsgericht* es el llamado «dogma del desplazamiento patrimonial»<sup>49</sup>. Desde el prisma de éste, resulta inconcebible, como supuesto de hecho desencadenante de la pretensión de enriquecimiento, la mera acción intromisiva en patrimonio ajeno, en la que difícilmente puede observarse un desplazamiento entre los patrimonios del intromisor y del titular del derecho usurpado (al menos, no en el sentido tradicional del término), y el que se haya producido «a costa» de éste<sup>50</sup>.

A modo de síntesis, puede afirmarse que la doctrina de la *dreifache Schadensberechnung* aparece en un momento en el que, o bien se excluyen las acciones de enriquecimiento, o bien se confunden con las de daños (§ 18.VI de la Ley de Derecho de Autor de 11 de junio de 1870). El resultado es un híbrido que responde perfectamente a las necesidades de libre actuación, comodidad y simplicidad de la jurisprudencia, a costa de difuminar y confundir los conceptos de daño, indemnización, culpa, restitución, enriquecimiento, e incluso las diversas funciones de distintos sectores del ordenamiento jurídico.

El hecho de que en la actualidad el *Bundesgerichtshof* conceda acciones de enriquecimiento (*Eingriffskonditionen*)<sup>51</sup> para la protección de intromisiones sobre la propiedad industrial e intelectual extrema la incongruencia de la *dreifache Schadensberechnung*, ya que tales acciones proporcionan una protección análoga a la de ésta, pero dogmáticamente cimentada.

<sup>46</sup> KÖNIG: *Gewinnhaftung...*, cit., p. 195.

<sup>47</sup> *RGZ*, 108, pp. 1 ss.; 130, pp. 108 ss. *BGHZ*, 15, pp. 338 ss., y 20, pp. 345 ss.

<sup>48</sup> DELAHAYE: «Die Bereicherungshaftung bei Schutzrechtsverletzungen», *GRUR*, 1985, p. 857.

<sup>49</sup> Dogma éste que dominaba por entonces la doctrina del enriquecimiento injustificado, y por el cual todo supuesto de hecho relevante a los ojos de éste debía contar con un incremento del patrimonio del demandado, así como con una disminución en el patrimonio del demandante, de forma que ambos fenómenos estuvieran ligados por la idea de desplazamiento patrimonial inmediato, esto es, que ambos fueran consecuencia de un mismo acontecimiento causante.

<sup>50</sup> JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., p. 98. KELLMANN: *Grundsätze der Gewinnhaftung*, Berlín, 1969, p. 81.

<sup>51</sup> Para una aproximación a la *condictio* por intromisión desde el punto de vista del Derecho español, Díez-PICAZO: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA y Díez-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988, pp. 116 ss.

#### 4. OPINIONES DOCTRINALES

En la doctrina alemana hay numerosas opiniones en torno a la adecuada incardinación dogmática de la *dreifache Schadensberechnung* en el Derecho privado. Hay autores para los que esta peculiar liquidación del daño sólo es concebible como operación indemnizatoria<sup>52</sup>; otros no la consideran sino bajo los postulados del derecho de enriquecimiento<sup>53</sup>; tampoco faltan numerosas opiniones particulares que reflejan el complejo estado de la cuestión<sup>54</sup>.

A continuación se analizan los argumentos más importantes a favor de la explicación «indemnizatoria» de la *dreifache Schadensberechnung* y las principales críticas que desde el derecho de enriquecimiento ha recibido ésta.

<sup>52</sup> GOTTWALD: *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*, München, 1979, pp. 174 ss. KÖRNER: *Die Aufwertung...*, cit., pp. 611 ss. KRASSER: *Lehrbuch des Patentrechts*, 4.ª ed., München, 1986, pp. 624 ss. LOEWENHEIM: *Möglichkeiten...*, cit., pp. 115 ss. NEUNER: «Interesse und Vermögensschaden», *AcP*, 133 (1931), pp. 277 ss. PREU: *Richtlinien...*, cit., pp. 753 ss. STEINDORFF: «Abstrakte und konkrete Schadensberechnung», *AcP*, 158 (1959), pp. 431 ss. VOLLRATH: *Zur Berücksichtigung...*, cit., pp. 52 ss.

<sup>53</sup> SCHULZ: «System der Rechte auf den Eingriffserwerb», *AcP*, 105 (1909), pp. 68 ss. ESSER/SCHMIDT: *Schuldrecht...*, cit., pp. 204 ss. HAINES: *Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauteren Wettbewerb*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1970, pp. 13 ss. JAKOBS: *Eingriffserwerb...*, cit., pp. 81 ss. JOERGES: *Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht*, Bremen, 1977, pp. 70 ss. KELLMANN: *Grundsätze...*, cit., pp. 71 ss. KLEINHEYER: «Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsrecht», *JZ*, 1970, pp. 471 ss. MEDICUS, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.ª ed., §§ 243-254, Berlin, 1983, § 249, Rn. 180. REUTER/MARTINEK: *Ungerechtfertigte...*, cit., pp. 252 ss.

<sup>54</sup> Para algunos autores (VON CAEMMERER: *Bereicherung...*, cit., pp. 228 ss. LANGE: *Schadensersatz*, 2.ª ed., Tübingen, 1990, p. 363), el fenómeno de restitución de la licencia tiene su lógica ubicación en el derecho de enriquecimiento, en tanto que la restitución de la ganancia obtenida por el intromisor sólo es justificable en sede de gestión de negocios ajenos sin mandato (§ 687.II). Hay quien estima que la *dreifache Schadensberechnung* pertenece a un derecho de construcción jurisprudencial *sui generis* con carácter propio. Tal es el caso de LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.ª ed., München, 1987, pp. 515 ss.), para quien la *dreifache Schadensberechnung* es algo específico que guarda cierta relación de parentesco con las operaciones de cómputo del daño sin llegar a constituir una de ellas. En opinión de DAUBLER (*Anspruch...*, cit., pp. 53 ss.), para obtener una explicación satisfactoria de la *dreifache Schadensberechnung* hay que tener en cuenta tanto el derecho de daños y el de enriquecimiento como el de gestión de negocios ajenos sin mandato. Esta peculiar pretensión debe guiarse —en su opinión— por los requisitos de la acción de daños, mientras que sus consecuencias jurídicas hay que examinarlas conforme a los postulados restitutorios del derecho de enriquecimiento y de la gestión de negocios sin mandato. También hay que considerar que un gran número de autores tratan esta materia en sede de derecho de daños sin pretensiones críticas, simplemente por el hecho de que la jurisprudencia la haya elaborado para ser aplicada a propósito de la acción indemnizatoria (BAUMBACH/HEFERMEHL: *Wettbewerbsrecht*, 18.ª ed., München, 1995, pp. 276 ss. EMMERICH: *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 4.ª ed., München, 1995, pp. 414 ss. FROMM/NORDEMANN: *Urheberrecht*, 8.ª ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1994, pp. 577 ss. HUBMANN: *Gewerblicher Rechtsschutz*, 5.ª ed., München, 1988, pp. 174 ss., 214 ss., 264 ss. y 308 ss. HUBMANN/REHBINDER: *Urheber- und Verlagsrecht*, 8.ª ed., München, 1995, pp. 314 ss. SCHRICKER/WILD: *Urheberrecht*, München, 1987, pp. 1116 ss. ULMER: *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.ª ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1980, pp. 555 ss.).

#### 4.1 LA DREIFACHE SCHADENSBERECHNUNG EN EL DERECHO DE DAÑOS

Quienes intentan explicar esta especial liquidación del daño como un fenómeno indemnizatorio encuentran serias dificultades para encajar los métodos de restitución de la licencia y de la ganancia dentro del concepto de daño subjetivo (el efectivamente sufrido por el perjudicado) y de los postulados de la teoría de la diferencia<sup>55</sup>, aunque no falta quien intente conciliarlos<sup>56</sup>. El importe de la licencia o de la ganancia obtenida por el intromisor sólo coincidirá con el importe del daño entendido en un sentido subjetivo cuando éste consista en no haber podido cobrar una licencia de explotación (siempre que la licencia hubiera sido razonablemente esperable dado el comportamiento del titular del derecho), o en no haber podido obtener la ganancia lograda por el intromisor (siempre que pueda probarse que el titular del derecho lo hubiese explotado con similares expectativas de beneficio). Ahora bien, en estos casos el resarcimiento del daño/licencia o daño/ganancia no constituye ninguna especialidad jurisprudencial, sino la normal indemnización del lucro cesante<sup>57</sup>. Por el contrario, quien recibe «indemnización» por una regalía que nunca hubiese podido otorgar no está siendo resarcido por su daño; entonces, ¿cómo justificar la atribución? Veámoslo a través de algunos ejemplos:

El titular de un derecho de patente que no explota la invención objeto del mismo se percata de que alguien está comercializando en el mercado el fruto de su inventiva. Sin duda, nuestro titular está legitimado para poner fin a la intromisión, y, en su caso, para exigir responsabilidad civil por ésta, pero ¿cómo admitir que sea *indemnizado* en la medida de la licencia que hubiera podido exigir o de la ganancia obtenida por el intromisor, según su voluntad, cuando de su comportamiento puede deducirse con certeza que no hubiera obtenido por sí rendimiento alguno de su derecho y que, en cualquier caso, el que haya dejado de obtenerlo no se debe a la acción usurpatoria, sino a su propia inactividad?

Comparemos ahora estos dos supuestos: de un lado, la ingeniosa utilización no autorizada de una marca ajena poco conocida provoca el lanzamiento de ésta y multiplica los beneficios también para su legítimo titular. De otro, como consecuencia de la desafortunada usurpación de una marca, el titular de ésta experimenta pérdidas por el desprestigio causado por el intromisor. ¿Resulta razonable que en ambos casos pueda computarse la cuantía indemnizatoria de la misma manera, sin tener en

<sup>55</sup> LOEWENHEIM: *Möglichkeiten...*, cit., p. 111.

<sup>56</sup> MERTENS: *Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967, p. 226.

<sup>57</sup> KELLMANN: *Grundsätze...*, cit., p. 72.

cuenta sus respectivas particularidades? ¿Acaso es indiferente que el titular del derecho usurpado lo explotase por sí o no, lo licenciase en exclusiva o sin ésta, o lo tuviese completamente abandonado?

La usurpación de un derecho no implica automáticamente la causación de un daño para su titular. Cuando existe realmente un daño, el hecho de que se corresponda con la licencia exigible o con la ganancia obtenida depende de que la intromisión haya sido la causa por la que, dadas las circunstancias, alguna de ambas medidas haya dejado de obtenerse por aquél (la intromisión impide que el titular de la patente licencie su derecho en el mercado, o bien, cuando la explote por sí mismo, frustra unas expectativas de ganancia equiparables a las obtenidas por el intromisor). No puede aceptarse que la existencia de uno u otro «daño» dependa sin más de la voluntad del demandante.

El «cómputo triple del daño» no encaja en la tradicional indemnización de un daño efectivo (pérdida o falta presumiblemente probada de ganancia), subjetivo (considerado de forma particular en la persona afectada por el mismo), derivado causalmente de la conducta del actor e imputable a éste. Sólo a partir de una desfiguración de este esquema y de los estrictos límites de la función indemnizatoria podía plantearse una explicación de la *dreifache Schadensberechnung* dentro del derecho de daños.

Para romper con este rigor derivado de la lógica resarcitoria del daño subjetivo, algunos autores han defendido una concepción objetiva del mismo. Según ésta, el objeto lesionado, destruido o usurpado tiene un valor objetivo (de mercado) que se corresponde con el daño mínimo sufrido por su titular, al margen de su trascendencia efectiva en el patrimonio de éste, lo cual justifica que se indemnice con una regalía por la explotación no consentida de su derecho a quien no hubiera podido concederla<sup>58</sup>.

La propuesta de un daño mínimo objetivizado se apoya en la idea de restitución *in natura* del perjuicio causado. Neuner, principal impulsor de esta propuesta, defiende que el concepto de restitución *in natura* obliga a conceder al perjudicado una pretensión a la integridad de su interés patrimonial, el cual corresponde como mínimo al valor objetivo del bien lesionado<sup>59</sup>. Este daño objetivo mínimo es un daño abstracto normativamente impuesto sin consideración al patrimonio del perjudicado<sup>60</sup>. El resarcimiento objetivo prescinde del daño real efectivo; se aparta así de la función resarcitoria en sentido estricto, y posibilita la indemnización del *valor objetivo* aun cuando ninguno hubiese sido el detrimento del *interés subjetivo*<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> NEUNER: *Interesse...*, cit., pp. 277 ss. WILBURG: «Zur Lehre der Vorteilsausgleichung», *JhJb*, 82, pp. 51 ss.

<sup>59</sup> NEUNER: *Interesse...*, cit., p. 290.

<sup>60</sup> NEUNER: *Interesse...*, cit., p. 300.

<sup>61</sup> FRIESER: *Der Bereicherungswegfall in Parallele zur hypothetischen Schadensentwicklung*, Berlín, 1987, pp. 68 ss.

Sin embargo, la aceptación de los postulados de esta doctrina dista mucho de ser pacífica; por el contrario, ha sido blanco de serias críticas. En primer lugar, se ha afirmado, y así ha sido corroborado por la jurisprudencia<sup>62</sup>, que el concepto de restitución *in natura* en modo alguno es independiente del interés subjetivo del perjudicado<sup>63</sup>. El fundamento orgánico de la pretensión indemnizatoria es un valor a determinar en cada caso de forma individual. La dimensión reparadora del resarcimiento de daños se concreta en que el titular del derecho lesionado puede ejercitar su interés a la integridad de su posición jurídica, pero sólo en la medida en que dicho interés exista, que será la misma en que consista el daño<sup>64</sup>.

Tampoco en el Derecho positivo encuentra la doctrina del daño objetivo apoyo alguno<sup>65</sup>. Una desviación tan patente del parágrafo 249 BGB necesitaría un fundamento jurídico específico y una justificación de política jurídica adecuada que no se proporcionan por sus defensores<sup>66</sup>.

La aceptación de la indemnización de un daño objetivo mínimo representado por el valor de la cosa o derecho lesionados conduce al abandono de la idea de daño efectivamente sufrido como punto central del sistema de responsabilidad civil, y conlleva irremisiblemente a la desintegración del concepto de daño y a la paradoja de la indemnización sin daño<sup>67</sup>. Más que de una indemnización puede hablarse de una compensación por intromisión ilegítima<sup>68</sup>, lo cual escapa de la mecánica resarcitoria, que no puede prescindir de la importancia de lo individual para el cómputo del daño indemnizable, para integrarse de lleno en la lógica restitutoria del derecho de enriquecimiento.

Las excepciones al principio de subjetividad son aquellas que la ley se encarga de hacer explícitas, reconociéndose así expresamente la necesidad de clarificar y acelerar los procesos de cómputo del daño (nuestro ordenamiento contiene un ejemplo claro de liquidación objetiva del daño en el art. 1108 CC)<sup>69</sup>.

Otra cuestión bien distinta es la de la necesidad práctica de aplicación y operatividad del «valor objetivo» como punto de partida para el

<sup>62</sup> *BGH*, en *NJW*, 1971, pp. 2079 ss.

<sup>63</sup> FRIESER: *Der Bereicherungswegfall...*, cit., p. 71.

<sup>64</sup> FRIESER: *Der Bereicherungswegfall...*, cit., p. 72.

<sup>65</sup> MARTÍN I CASALS: «Indemnización de daños...», en *El mercado...*, cit., p. 393. PANTALEÓN, en *Comentario...*, II, cit., art. 1902, p. 1972. Ambos autores rechazan expresamente que una de las funciones de nuestro derecho de daños sea la de reintegración.

<sup>66</sup> KELLMANN: *Grundsätze...*, cit., p. 73.

<sup>67</sup> BECKENSTRÄTER: «Die Festsetzung der Entschädigung bei leicht fahrlässiger Patent- und Gebrauchsmusterverletzung», *GRUR*, 1963, pp. 231 ss. FRIESER: *Der Bereicherungswegfall...*, cit., pp. 67 ss. KAEHLER: *Bereicherungsrecht und Vindikation. Allgemeine Prinzipien der Restitution*, Bielefeld, 1972, p. 226.

<sup>68</sup> LARENZ: *Lehrbuch...*, cit., p. 515.

<sup>69</sup> FRIESER: *Der Bereicherungswegfall...*, cit., p. 75. El autor propone como ejemplo para el Derecho alemán el § 430 HGB, que tasa la indemnización debida por la pérdida de las mercancías objeto de un contrato de transporte según valores de mercado.

cómputo del daño real y efectivo<sup>70</sup>, sobre todo en aquellos casos en los que existe un precio de mercado.

En otra dirección, pero también apoyándose en un cambio de función para el derecho de daños, se ha propuesto como justificación de la *dreifache Schadensberechnung* la punición de la conducta intromisiva<sup>71</sup>.

Ya Coing había afirmado que todo intento de objetivizar el daño persigue una finalidad punitiva<sup>72</sup>. Steindorff, partiendo de que la especial lesividad de los derechos sobre bienes inmateriales los hace merecedores de una especial protección<sup>73</sup>, propone dar al valor objetivo del daño una función de sanción punitiva<sup>74</sup>. En su opinión, la simple violación jurídica es en sí suficiente para provocar una indemnización de carácter abstracto<sup>75</sup>, transformando así la idea de daño mínimo en la de «pena mínima»<sup>76</sup>.

Ahora bien, la idea de prevención-punición puede justificar que se exija al intromisor la restitución de la licencia o de la ganancia obtenida, pero en ningún caso explica que éstas deban transferirse al patrimonio del perjudicado, y que dicha transferencia deba articularse a través de un instrumento ideado para indemnizar como es la acción de daños. Si lo que se pretende es promover la persecución privada de acciones intromisivas, la restitución podría contemplarse como remuneración a los particulares por su colaboración en las labores «fiscales» de persecución. Pero hay que advertir que se estarían creando incentivos para que los titulares de los derechos protegidos provocaran la violación provechosa de los mismos.

Para justificar la restitución debe «probarse» que el objeto de la misma *corresponde*, según el ordenamiento jurídico, al patrimonio del «lesionado»<sup>77</sup>. Ahora bien, de esta cuestión no se ocupa la responsabili-

<sup>70</sup> FRIESER: *Der Bereicherungswegfall...*, cit., p. 70.

<sup>71</sup> DÄUBLER: *Anspruch...*, cit., p. 49. El autor señala que es una constante histórica de la actitud del legislador y de los tribunales la tentación de vulnerar los estrictos márgenes indemnizatorios para completarlos con medidas punitivas.

<sup>72</sup> COING: «Interesseberechnung und unmittelbarer Schaden», *SJZ*, 1950, pp. 866 ss.

<sup>73</sup> LOEWENHEIM: *Möglichkeiten...*, cit., p. 117. El autor afirma que en los casos de violaciones de derechos sobre bienes inmateriales el riesgo que corre el intromisor de responder de su acción es relativamente pequeño ante las dificultades de detectar, localizar, determinar y computar el daño que recaen sobre el titular de aquéllos, según las pautas tradicionales de la acción indemnizatoria. Existe una necesidad de prevenir y sancionar estas conductas para corregir la desigual e injusta distribución de los riesgos. Además, el hecho de que la práctica penal sobre la materia apenas haya demostrado fuerza alguna, apoya la necesidad de encontrar vías distintas para combatir el atractivo que la impunidad de estas acciones pueda ejercer sobre eventuales interesados.

<sup>74</sup> STEINDORFF: *Abstrakte...*, cit., p. 454.

<sup>75</sup> STEINDORFF: *Abstrakte...*, cit., p. 458.

<sup>76</sup> FRIESER: *Der Bereicherungswegfall...*, cit., p. 78.

<sup>77</sup> Así lo entiende la teoría de la atribución (mayoritaria en derecho alemán): la pretensión de enriquecimiento por intromisión (*Eingriffskondiktion*) procede cuando el demandado se ha hecho con el valor de goce, disfrute, consumo o disposición de un objeto o facultad que el ordenamiento jurídico ha atribuido en exclusiva al demandante. CANARIS/LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, II-2.º, 13.ª ed., München, 1994, pp. 168 ss.

dad civil sino el derecho de enriquecimiento, el de gestión de negocios ajenos sin mandato y la regulación de las relaciones entre el propietario y el poseedor. Llegados a este punto, la pregunta surge por sí misma: si el fundamento para tal atribución patrimonial se encuentra en otros sectores del ordenamiento, ¿por qué no acudir a ellos? ¿qué necesidad hay de forzar la naturaleza de la acción de daños?

Parcialmente, la respuesta se encuentra en la historia de gestación de la *dreifache Schadensberechnung*<sup>78</sup>. Pero, sobre todo, no debemos perder de vista que la preventivo-punitiva no ha sido una propuesta de carácter lógico-dogmático, sino de reacción ante los resultados a los que había conducido la aplicación jurisprudencial de la *dreifache Schadensberechnung*. La exigencia de estos autores no era una mayor coherencia teórica, sino la necesidad de unas indemnizaciones posibles y efectivas que satisfagan con rapidez los intereses de los perjudicados<sup>79</sup>. Esta postura encontró el apoyo de un sector de la doctrina del derecho de daños que aceptaba la concurrencia, junto a la función resarcitoria, de la punitiva<sup>80</sup>. La indemnización de daños resultó ser un ámbito «permeable» a la idea de punición<sup>81</sup>. La restitución de la ganancia obtenida o de la cantidad que resulte de multiplicar el importe de la licencia exigible por un coeficiente corrector (ajenas a los mecanismos indemnizatorio y reintegrador del derecho usurpado) son las medidas restitutorias propuestas desde esta perspectiva de carácter punitivo.

Hoy se admite que la prevención es un subproducto añadido o reflejo de la indemnización, el cual, aunque deseable, no debe convertirse en

---

ERMAN/WESTERMANN, § 812, Rn. 65. ESSER/WEYERS: *Schuldrecht*, II, 7.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1991, pp. 461 ss. FIKENTSCHER: *Schuldrecht*, 8.<sup>a</sup> ed., Berlin-New York, 1992, p. 682. HÜFFER: «Die Eingriffskondiktion», *JuS*, 1981, pp. 263 y 264. KÖNIG: *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Heidelberg, 1985, pp. 157 ss. KOPPENSTEINER/KRAMER: *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin-New York, 1988, pp. 72 ss. KURZ: *Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondiktion*, Tübingen, 1969, pp. 13 ss. LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, II-2.<sup>o</sup>, 12.<sup>a</sup> ed., München, 1985, pp. 530 ss. LOEWENHEIM: *Bereicherungsrecht*, München, 1989, pp. 65 ss. MEDICUS: *Schuldrecht*, II-2.<sup>o</sup>, 7.<sup>a</sup> ed., München, 1995, p. 334. MESTMÄCKER: «Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung», *JZ*, 1958, pp. 523 ss. MÜNCHKOMM/LIEB: § 812, Rn. 204 ss. REUTER/MARTINEK: *Ungerechtfertigte...*, cit., pp. 241 ss. RGRK/HEIMANN-TROSIEN, § 812, Rn. 42. SCHLECHTRIEM: «Prinzipien und Vielfalt: Zum gegenwärtigen Stand des deutschen Bereicherungsrechts», *ZHR* (149), 1958, p. 332; *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1995, p. 302. SOERGEL/MÜHL, Vor § 812, Rn. 4; § 812, Rn. 132. STAUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 23. WESTERMANN: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Karlsruhe, 1951, pp. 6 ss.

<sup>78</sup> Recordemos que en el momento en el que se reconoce ésta por primera vez no se concedían acciones de enriquecimiento en el ámbito de los derechos de propiedad industrial, y aunque sí se aceptaban para el derecho de autor, la confusión que entonces reinaba sobre su independencia como pretensión oscurecía su correcta aplicación (LOEWENHEIM: *Möglichkeiten...*, cit., p. 120).

<sup>79</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., pp. 15 ss. PREU: *Richtlinien...*, cit., pp. 753 ss.

<sup>80</sup> BÖTTICHER: «Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm», *AcP*, 158 (1959), pp. 385 ss. MERTENS: *Der Begriff...*, cit., p. 109.

<sup>81</sup> LOEWENHEIM: *Möglichkeiten...*, cit., pp. 119 ss.

fundamento autónomo de la pretensión<sup>82</sup>. Que la prevención-punición sea un efecto secundario (psicológico, si se quiere) de la labor indemnizatoria no justifica que pueda convertirse en su fundamento y en criterio de determinación de la medida de ésta. Por otra parte, si la punición es necesaria, esto es, si se considera que el sector de los derechos sobre bienes incorporeales debe estar protegido por medidas punitivas (cuestión que escapa en buena medida de los límites de este trabajo), lo que hay que hacer es utilizar aquellas que sean adecuadas para tal labor, como son las normas punitivas por excelencia, las penales; o bien, acudir a vías de derecho privado que reconozcan abiertamente su carácter «penal», sin el camuflaje de la apariencia resarcitoria. En caso contrario, se crean disfunciones como las siguientes: por una parte, resulta incoherente que la aplicación de la pena sea insensible al diverso grado de reprochabilidad de la conducta enjuiciada (dolo, culpa grave, culpa leve); por otra parte, ofende al sentido común que la obligación derivada de la pena resultara asegurable y transmisible *mortis causa* por el hecho de solaparse bajo la apariencia de una obligación indemnizatoria<sup>83</sup>.

Existe un ejemplo paradigmático de aplicación del método triple de cómputo del daño con finalidad punitiva. En los llamados casos GEMA, se reconoció a favor de esta institución (Sociedad Alemana de Autores, Compositores y Editores de Música) una indemnización por la cuantía doble de la licencia que hubiera resultado adecuada para justificar la acción intromisiva<sup>84</sup>. El tribunal justificó la excepcionalidad «punitiva» de su decisión alegando que el intromisor debía contribuir a los gastos de vigilancia que la organización afronta para prevenir acciones como la suya, ante la imposibilidad de llevar a cabo tales labores de prevención por parte de los titulares de los derechos protegidos<sup>85</sup>.

Siendo evidente que los gastos de vigilancia no pueden ser considerados como daños provocados por la acción<sup>86</sup>, ni constituyen un daño abstracto<sup>87</sup>, las mencionadas sentencias sirvieron para desatar la polémica sobre si por razones de equidad circunstancial o por la presión de los intereses en juego un tribunal podría incrementar la medida indemnizatoria<sup>88</sup>. Lo cierto es que la hipótesis afirmativa provoca muchos más pro-

<sup>82</sup> LARENZ: *Lehrbuch...*, cit., pp. 421 ss. LANGE: *Schadensersatz...*, cit., pp. 9 ss. MARTÍN I CASALS: «Indemnización de daños...», en *El mercado...*, cit., p. 385. PANTALEÓN: en *Comentario...*, II, cit., art. 1902, p. 1971.

<sup>83</sup> PANTALEÓN: en *Comentario...*, II, cit., art. 1902, p. 1971.

<sup>84</sup> BGHZ, 17, pp. 376 ss. y 59, pp. 286 ss.; BGH, en GRUR, 1973, pp. 379 ss.

<sup>85</sup> DELAHAYE: *Kernprobleme...*, cit., p. 219. KRASSER: *Schadensersatz...*, cit., p. 270. LOEWENHEIM: «*Möglichkeiten...*» cit., p. 118. STEINDORFF: «*Abstrakte...*» cit., p. 455.

<sup>86</sup> KRASSER: *Schadensersatz...*, cit., p. 209. En contra de la decisión del tribunal, el autor opina que resultaría ridículo pretender financiar los costes de vigilancia con las indemnizaciones de los infractores, puesto que a mayor vigilancia disminuiría el número de los «contribuyentes».

<sup>87</sup> ESSER/SCHMIDT: *Schuldrecht...*, cit., p. 205.

<sup>88</sup> DELAHAYE: *Kernprobleme...*, cit., p. 220. GOTTWALD: *Schadenszurechnung...*, cit., pp. 178 ss.



blemas y más graves (control de la excepcionalidad que justifique tal adopción de medidas, inseguridad e impredecibilidad del comportamiento de los tribunales, despositivización del contenido de justicia material y vaciamiento del principio de legalidad) que el que pretende evitar (la insuficiencia de las medidas indemnizatorias).

Los casos GEMA son un paradigma del atractivo que ejerce sobre el aplicador de la ley la idea de poder acomodar la decisión en función del disvalor de comportamiento que merezca la acción juzgada, con independencia de que las previsiones legales faculden expresamente para ello. Lo más destacable de estas sentencias es que desfiguran la tradicional acción de daños sin respaldo normativo alguno.

#### 4.2 CRÍTICA A LA *DREIFACHE SCHADENSBERECHNUNG* DESDE EL DERECHO DE ENRIQUECIMIENTO

En primer lugar, se ha criticado que la gestación de esta doctrina partiera de la interpretación de un precepto (§ 18.VI de la Ley de Derecho de Autor de 1870) que estaba pensado para limitar la responsabilidad por daño de quien actúa sin culpa<sup>89</sup>. La *dreifache Schadensberechnung*, al permitir la elección entre una medida indemnizatoria (tradicional lucro cesante) y dos restitutorias (licencia no satisfecha y ganancia obtenida por el intromisor), mezcla dos planos jurídicos distintos. Uno, el indemnizatorio, destinado al resarcimiento del daño causado en el patrimonio del demandante y para el que es necesaria, tanto la prueba de la relación causal intromisión/daño, como la del criterio de imputación; y otro, el restitutorio, cuya función es reequilibrar las atribuciones patrimoniales injustificadas, las cuales se retiran del patrimonio en el que se producen para ser desplazadas a aquel en el que debieron haberse producido<sup>90</sup>.

El intromisor responde por el daño causado en el patrimonio del titular del derecho usurpado y restituye aquello que debe ser retirado de su patrimonio por contrario a las normas jurídicas sobre atribución de bienes y provechos. Resulta incongruente hacer *restituir* por un daño causado, o hacer *indemnizar* por un enriquecimiento obtenido injustificadamente. El daño queda cubierto mediante la indemnización, el enriquecimiento queda neutralizado mediante la restitución. El que ambos planos puedan ocasionalmente coincidir no justifica su equiparación<sup>91</sup>.

Más criticable resulta aún que los dos módulos «restitutorios» de cómputo del daño (ganancia obtenida por el intromisor, licencia que hubiera sido exigible a éste para legitimar su acción intromisiva) se

<sup>89</sup> JAKOBS: *Eingriffserwerb...*, cit., p. 83.

<sup>90</sup> Conforme a la teoría de la atribución ya mencionada.

<sup>91</sup> BRANDNER: «Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *GRUR*, 1980, p. 362. GIESEKE: «Zur Bereicherungshaftung bei Urheberrechtsverletzungen», *GRUR*, 1958, pp. 17 ss.

correspondan con las alternativas que polarizan la discusión sobre la medida restitutoria en sede de derecho de enriquecimiento, y, por lo tanto, que encubran y de alguna manera burlen dicha labor doctrinal, y la sustituyan por la conveniencia de elección del demandante y la necesidad de simplicidad de la jurisprudencia<sup>92</sup>.

Quizá fuera comprensible cierta confusión dogmática en torno a los derechos de daños y enriquecimiento en la época en la que nace la *dreifache Schadensberechnung*, si bien, entonces y en adelante, nunca faltaron autores que denunciaron la situación y la necesidad de conceder una entidad independiente a las acciones de enriquecimiento<sup>93</sup>. En general, desde las posiciones de los autores que han estudiado el derecho de enriquecimiento, un adecuado entendimiento de éste hace innecesaria en la práctica e incongruente en el plano teórico la aplicación de la *dreifache Schadensberechnung*; aquél proporciona las claves para la solución de la problemática creada por ésta<sup>94</sup>. El hecho de que la *dreifache Schadensberechnung* surgiera como subrogado de la pretensión de enriquecimiento rechazada hace que, una vez aceptada ésta, la contemplación de aquélla resulte superflua<sup>95</sup>. La crítica de algunos autores es merecedora de especial consideración.

Haines afirma que el verdadero origen de la *dreifache Schadensberechnung* es la grave incongruencia en la utilización de los mecanismos compensatorios del Derecho Civil clásico en los nuevos ámbitos jurídicos<sup>96</sup>. Si el tratamiento jurídico de la protección de los derechos sobre bienes inmateriales merecía ser diferente, debió haber sido más preciso y riguroso, nunca más simple. La construcción jurisprudencial tuvo éxito y arraigó gracias a la sencillez con que permite a los tribunales la resolución de complejos conflictos indemnizatorios, escapando de los rígidos moldes de la tradicional acción de daños. Pero no debemos dejar de plantearnos por la legitimidad de esta maniobra<sup>97</sup>.

Tal y como señala el autor citado, en setenta años de tradición jurisprudencial (él publica su monografía en 1970) no se han logrado unas pautas de actuación que proporcionen cierta seguridad en la aplicación de aquélla. Además, el hecho de que el demandante pueda elegir el criterio de cómputo deseado hace que en la práctica toda decisión de los tribunales sea impredecible.

<sup>92</sup> En la polémica mencionada se enfrentan una teoría subjetiva que tiene por correcta la restitución de la ganancia obtenida por el intromisor (*Gewinnhaftung*), y una teoría objetiva que defiende la restitución del valor de mercado de lo obtenido (*Wertesatz*).

<sup>93</sup> SCHULZ: *System...*, cit., pp. 69 ss. PINZGER: «Der Bereicherungsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht», *GRUR*, 1927, pp. 269 ss. MESTMÄCKER: *Eingriffserwerb...*, cit., pp. 521 ss. RAISER: «Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht», *JZ*, 1961, pp. 465 ss.

<sup>94</sup> BATSCH: *Vermögensverschiebung...*, cit., pp. 19 ss. ESSER/SCHMIDT: *Schuldrecht...*, cit., p. 204. HAINES: *Bereicherungsansprüche...*, cit., pp. 1 ss. JAKOBS: *Eingriffserwerb...*, cit., pp. 81 ss. KELLMANN: *Grundsätze...*, cit., pp. 71 ss.

<sup>95</sup> REUTER/MARTINEK: *Ungerechtfertigte...*, cit., p. 252.

<sup>96</sup> HAINES: *Bereicherungsansprüche...*, cit., p. 20.

<sup>97</sup> HAINES: *Bereicherungsansprüche...*, cit., pp. 4 ss.

La problemática a la que conducen las dificultades de verificación del daño en los nuevos ámbitos jurídicos de creciente complejidad económica no deben ser tratados con una fórmula de compromiso que encubre una gran dosis de libertad en la actuación del demandante y de los tribunales, y que provoca confusión e inseguridad, así como una disfuncionalidad alarmante en el sistema de acciones. La estrategia de ocultar el problema sólo obedece al interés de simplicidad de la jurisprudencia y, naturalmente, no lo soluciona.

Para los autores que, como Kellmann, estudian la problemática suscitada por la *dreifache Schadensberechnung* desde la perspectiva del estudio de la restitución de la ganancia obtenida por el intromisor, la cosa está clara: el resarcimiento del daño nada tiene que ver con la restitución de la ganancia derivada de la intromisión<sup>98</sup>. El daño, como elemento típico de la acción indemnizatoria, es un fenómeno que ocurre en el patrimonio del lesionado/demandante, en tanto que la ganancia fruto de la intromisión es un incremento patrimonial en el patrimonio del intromisor. La *dreifache Schadensberechnung* no es sino una artificiosa construcción que responde a consideraciones de dudosa equidad y dificultad probatoria. Tal y como señala Steindorff, difícilmente puede ser explicada esta jurisprudencia con la mera «conversión» de un interés protegible en un daño considerado subjetivamente en la persona del lesionado<sup>99</sup>.

También Joerges considera que la ubicación natural de los métodos de cómputo «daño-licencia» y «daño-ganancia» se encuentra en el derecho de enriquecimiento, y que su tratamiento debe articularse a través de la *Eingriffskondition*. Sin embargo, su enfoque de la cuestión es distinto, y su esfuerzo se dirige a destacar la necesidad de analizar las consecuencias económicas de la protección jurídico-industrial en sus diversos módulos restitutorios<sup>100</sup>.

Desde esta llamada de atención de Joerges, han sido numerosas las propuestas sobre el contenido económico de los módulos restitutorios<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> KELLMANN: *Grundsätze...*, cit., p. 72. El autor cita como ejemplo de esta notoria separación el que en el derecho inglés ambas pretensiones –de resarcimiento de daños y de restitución de la ganancia– estuvieran atendidas por instancias jurisdiccionales diferentes. SCHULZ: *System...*, cit., p. 67.

<sup>99</sup> STEINDORFF: *Abstrakte...*, cit., p. 452. NEUNER: *Interesse...*, cit., p. 283.

<sup>100</sup> JOERGES: *Bereicherungsrecht...*, cit., pp. 70 ss. Opina el autor que la problemática económica de la protección jurídica de los derechos sobre bienes inmateriales es la creada por la antinomia entre el principio de la libre competencia, por una parte, y el poder monopolístico concedido a los legítimos titulares de los derechos protegidos, por otra, tal y como había adelantado ya Mestmäcker. El autor echa en falta un estudio económico serio de las consecuencias de aplicación de los diversos módulos de cómputo del daño y advierte de la necesidad del mismo.

<sup>101</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., pp. 15 ss. BRANDNER: *Die Herausgabe...*, cit., pp. 363 ss. DELAHAYE: *Kernprobleme...*, cit., pp. 219 ss. KÖRNER: *Die Aufwertung...*, cit., pp. 611 ss. KRASSER: *Schadensersatz...*, cit., pp. 270 ss. LEHMANN: «Juristisch-ökonomische Kriterien zur Berechnung des Verletzerertrags bzw. des entgangenen Ertrags», *BB*, 1988, pp. 1682 ss. LEISSE Y TRAUER: *Schadensschätzung...*, cit., pp. 1 ss. PIETZCKER: «Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei der Verletzung von Patenten», *GRUR*

Pero no siempre las consideraciones económicas tienen necesariamente una traducción jurídica inmediata. Por el contrario, generalmente la valoración del dato económico parte de un previo posicionamiento jurídico. Así, si afirmamos que la licencia restituida al titular de un derecho usurpado no es «adecuada», la pauta de la «adecuación» no puede ser sino jurídica, ya que el importe a restituir puede ser suficiente desde un punto de vista estrictamente resarcitorio, pero inadecuado para un tratamiento preventivo-punitivo de la cuestión.

#### 4.3 OTRAS CRÍTICAS A LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL DE LA *DREIFACHE SCHADENSBERECHNUNG*

##### a) La inidoneidad de los métodos especiales de cómputo del daño

Numerosos autores critican que las medidas adoptadas por los tribunales no tengan un efecto preventivo-punitivo sobre la conducta de los intromisores y proponen un agravamiento de la cuantía restitutoria que logre realmente desincentivarlos<sup>102</sup>. Los partidarios de esta propuesta denuncian que lo que realmente ocurre en la práctica de la *dreifache Schadensberechnung* es que ésta no sólo no resulta preventivo-punitiva, como ellos desearían, sino que ni siquiera cumple con el compromiso estrictamente resarcitorio<sup>103</sup>. Todas las dificultades prácticas que se intentaban paliar con su aplicación reaparecen de una u otra forma en el cómputo de la «adecuación» de la licencia o en la «cuantificación» de la ganancia que deba restituirse.

Por lo que respecta a la restitución de la licencia «adecuada», los autores coinciden en que lo que la jurisprudencia otorga al titular del derecho lesionado en concepto de «daño/licencia» es muy inferior a lo que éste hubiera realmente obtenido si al tiempo de la intromisión hubiese concedido efectivamente una licencia. Veámoslo con un ejemplo:

El intromisor que comercia con una marca ajena encuentra ya un mercado preparado para su aceptación y consumo; asimismo, se ahorra los gastos de creación, solicitud, conservación y desarrollo de la misma y los riesgos comerciales de lanzamiento. Esta ventaja en los costes le permitirá vender a menor precio, con los consiguientes perjuicios en la política de precios del legítimo titular de la marca. Además, el intromisor abona la licencia con independencia de que, si ésta hubiera sido de hecho pagada en el momento en que se produce la intromisión, su cuantía hubiese podido devengar intereses desde la fecha. La jurisprudencia

Int, 1979, pp. 345 ss. PREU: *Richtlinien...*, cit., pp. 758 ss. SACK: *Die Lizenzanalogie...*, cit., pp. 373 ss. VOLLRATH: *Zur Berücksichtigung...*, cit., p. 52 ss.

<sup>102</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., p. 15.

<sup>103</sup> PIETZCKER: *Richtlinien...*, cit., p. 345.

debiera tener en cuenta todos estos factores económicos para que los riesgos que la intromisión conlleva no caigan exclusivamente sobre el titular de la cosa usurpada<sup>104</sup>.

También la prueba de la ganancia obtenida por el intromisor y la de la relación causal entre ésta y la acción intromisiva plantea no pocos problemas. No basta que en el balance del intromisor aparezca un beneficio, sino que debe probarse que éste proviene de forma inmediata de la actividad lesiva. La dificultad aumenta con la necesidad de descontar de dicha ganancia los gastos necesarios para su obtención, así como aquellas cuotas de la misma que correspondan a la iniciativa, trabajo y capital invertidos por el intromisor (aunque esto último no sería aceptado desde una perspectiva punitiva)<sup>105</sup>.

#### b) Incorrecta equiparación de planos

Se ha criticado que el intromisor deba ser tratado como si hubiese pactado con el legítimo titular la cesión onerosa de su derecho. Desde un punto de vista dogmático, sería como aceptar que el demandante del resarcimiento de daños tuviera, al menos, la misma protección que el legitimado activamente para ejercitar la *condictio* por intromisión, a pesar de la necesaria y justificada diferenciación e independencia entre ambas acciones<sup>106</sup>.

La obligación de indemnizar en la medida de la licencia que hubiera sido exigible sin comprobar que realmente ha sido la intromisión la que ha causado un daño equiparable en valor a aquélla (por ejemplo, porque ha obligado a realizar un gasto que sin ella hubiera sido innecesario), es una petición de principio derivada de la sobreimpresión de un plano jurídico —el cuasicontractual— sobre otro —el de la indemnización de daños—, que se apoya en principios necesariamente distintos. Tanto la equiparación entre causante del daño (intromisor) y contratante (lo cual —se dice— vacía de contenido la exclusividad concedida al titular del derecho prote-

<sup>104</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., pp. 15 ss. BRANDNER: *Die Herausgabe...*, cit., p. 363. DELAHAYE: *Kernprobleme...*, cit., p. 219. KÖRNER: *Die Aufwertung...*, cit., p. 611. KRASSER: *Schadensersatz...*, cit., p. 270. PIETZCKER: «Schadensersatz durch Lizenzberechnung», *GRUR*, 1975, pp. 55 ss. PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 758. SACK: *Die Lizenzalogie...*, cit., pp. 373 ss. VOLLRATH: *Zur Berücksichtigung...*, cit., p. 52.

<sup>105</sup> DELAHAYE: *Kernprobleme...*, cit., p. 218. PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 757. KÖNIG: *Gewinnhaftung...*, cit., pp. 190 ss. Este último autor hace referencia a la experiencia norteamericana. Desde 1870 el legislador había permitido que la violación de patentes pudiera tener como consecuencia jurídica la restitución de la ganancia obtenida por el intromisor. En la práctica resultó tan difícil discriminar de la ganancia total lo que correspondía al intromisor frente a lo que tocaba al titular de la patente usurpada que la Corte Suprema optó por la restitución de la ganancia bruta alegando que menor injusticia se cometía así que dejando al intromisor sin responsabilidad. Pero las consecuencias económicas gravísimas para el intromisor que la aplicación literal de esta doctrina llevó consigo, empujaron al legislador a intervenir en la cuestión, esta vez para suprimir la restitución de la ganancia obtenida por el intromisor como posible medida restitutoria (Act of August 1, 1946; hoy Act of July 19, 1952, 35 USCA, p. 284).

<sup>106</sup> DÄUBLER: *Anspruch...*, cit., p. 50.

gido <sup>107</sup>), como la idea de que nadie debe obtener ganancia alguna a través de una acción antijurídica son absolutamente ajenas a la mecánica resarcitoria. En concreto, esta última se discute con detenimiento por los autores que estudian el enriquecimiento injustificado <sup>108</sup>.

#### c) La articulación procesal de la triple opción

Tampoco resulta pacífica la postura jurisprudencial según la cual el cambio de método elegido para el cómputo del daño no constituye un cambio de demanda, alegando que se trata de una misma pretensión a la que se presta otra fundamentación jurídica <sup>109</sup>. La falsedad de esta opinión se evidencia en tanto que el cambio de opción implica una alteración tanto del *petitum* como de la fundamentación jurídica, e incluso del material fáctico, por lo que existe un nuevo objeto de la controversia, y, por lo tanto, un cambio de demanda <sup>110</sup>. De hecho, el *Bundesgerichtshof* ha reconocido de alguna manera esa independencia entre las pretensiones al conceder sobre la materia acciones de enriquecimiento, las cuales no funcionan como cierre de la teoría de la *dreifache Schadensberechnung* cuando la ausencia de culpa excluye la acción de daños, sino que se conceden de forma autónoma de acuerdo con sus propios requisitos, fundamento y función <sup>111</sup>.

#### d) La diligencia exigible

Algunos autores han puesto de relieve cómo la confusión de los planos indemnizatorio y resarcitorio ha provocado un efecto perverso en cuanto a la consideración de la diligencia exigible de cara a la apreciación de la culpa <sup>112</sup>.

La circunstancia de que no se concedieran durante mucho tiempo acciones de enriquecimiento en el ámbito afectado por la aplicación de la *dreifache Schadensberechnung*, y que sólo se pudiera acudir a ésta cuando concurría en la acción intromisiva el requisito típico de la culpa, obligó a la jurisprudencia, ante el riesgo de dejar sin responsabilidad al intromisor y sin reparación a la víctima, a forzar el concepto de diligencia

<sup>107</sup> PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 759. A favor de la equiparación, CARRASCO PERERA, en *Comentarios...*, cit., art. 123, p. 1669.

<sup>108</sup> LEHMANN: *Juristisch-ökonomische Kriterien...*, cit., pp. 1680 ss. El autor intenta conciliar dichos postulados de justicia con una correcta aplicación de la *dreifache Schadensberechnung* y se embarca en la difícil tarea de encontrar una fórmula económica por la que, con la aplicación de los especiales módulos de cómputo del daño, ni el intromisor quede con ventaja alguna derivada de su ilegítima acción, ni el perjudicado pueda enriquecerse a costa de aquél.

<sup>109</sup> RGZ, 43, pp. 61 ss., y 50, pp. 115 ss.

<sup>110</sup> DAUBLER: *Ansprucht...*, cit., p. 54.

<sup>111</sup> PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 755.

<sup>112</sup> DELAHAYE: *Die Bereicherungshaftung...*, cit., p. 857. PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 753. SACK: *Die Lizenzanalogie...*, cit., p. 377.

razonablemente exigible por encima de las pautas fijadas en otros sectores del ordenamiento.

Esta tendencia había comenzado con anterioridad a la entrada en vigor de las leyes de patentes y modelos de utilidad de 1936. Hasta la llegada de éstas se trataba de no dejar sin indemnización a las víctimas de acciones levemente culposas, lo que obligó a facilitar la apreciación de gravedad en la negligencia del intromisor. La prueba de que todo comportamiento negligente era considerado como grave es que, con posterioridad a la entrada en vigor de las nuevas leyes del 36, los párrafos 47.II y 15.II BGB, que contemplan la responsabilidad por culpa leve, apenas si fueron aplicados en la práctica por los tribunales<sup>113</sup>. Lo cierto es que éstos convirtieron la responsabilidad civil (inicialmente considerable como restringida en virtud de la exigencia agravada del elemento subjetivo) en una verdadera responsabilidad por resultado<sup>114</sup>.

#### e) Consideraciones finales

El campo de los derechos sobre bienes inmateriales está especialmente abonado para las acciones de enriquecimiento<sup>115</sup>. La aceptación de éstas por la jurisprudencia hace innecesaria la aplicación de la *dreifache Schadensberechnung*. La antigua idea de que su admisión supondría una carga excesiva para el intromisor no culpable denota un pleno desconocimiento de su mecánica de funcionamiento y pone de relieve la falacia de considerarlo inadecuado para inmediatamente después contradecirse e incorporarlo a través de acciones de daños en las que toda conducta puede considerarse como culposa<sup>116</sup>. Hay autores que, plenamente conscientes de esta contradicción, proponen convertir la *dreifache Schadensberechnung* en un instrumento marcadamente punitivo, única dimensión que puede justificar su existencia, llegando incluso a promover la multiplicación del valor de la licencia exigible, sea cual sea el ámbito jurídico en el que haya de aplicarse, indemnizatorio o restitutorio<sup>117</sup>.

Sin embargo, en lugar de forzar una explicación exorbitante para la acción de daños a través de la búsqueda de nuevas funciones, como la reintegradora y, sobre todo, la preventivo-punitiva, deberíamos aceptar que la *dreifache Schadensberechnung* es una «reliquia histórica» de un tiempo en el que la exclusión de las acciones de enriquecimiento obligó a la jurisprudencia a construir una particular criatura que bajo su función tradicional (indemnizar) abarcara nuevos compromisos (restitución del valor de uso o de la ganancia obtenida por el intromisor) y funciones (reintegración de derechos, prevención y punición de acciones reprobables)<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 754.

<sup>114</sup> SACK: *Die Lizenzanalogie...*, cit., p. 377.

<sup>115</sup> SCHRICKER/WILD: *Urheberrecht...*, cit., p. 1136.

<sup>116</sup> SACK: *Die Lizenzanalogie...*, cit., p. 375.

<sup>117</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., p. 17. PIETZCKER: *Richtlinien...*, cit., p. 345.

<sup>118</sup> SACK: *Die Lizenzanalogie...*, cit., p. 396. Un breve y actual estado de la cuestión sobre la *dreifache Schadensberechnung* lo proporcionan HEIL y ROOS: «Zur dreifachen

## 5. LA DREIFACHE SCHADENSBERECHNUNG EN EL DERECHO ESPAÑOL

El legislador español también ha sucumbido al atractivo de ofrecer una triple posibilidad de computar el daño en las acciones indemnizatorias reguladas por las leyes especiales de protección de bienes inmateriales. El artículo 66.2 de la Ley de Patentes establece que «la ganancia dejada de obtener se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: a) Por los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor. b) Por los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado. c) Por el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho». A su vez, al artículo 38.2 de la Ley de Marcas apunta que «la cuantía de las ganancias dejadas de obtener se fijará, a elección del perjudicado, con arreglo a uno de los criterios siguientes: a) Los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación. b) Los beneficios que haya obtenido el infractor por consecuencia de la violación. c) El precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho».

La Ley de Propiedad Intelectual, por su parte, reduce las posibilidades de opción y convierte el cómputo triple en doble: «el perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación» (art. 135). Esta variante reductora no impide, sin embargo, que a continuación analicemos, de forma global, la particular recepción que la *dreifache Schadensberechnung* ha tenido en el Derecho español, y la problemática que suscita.

En general, la doctrina no ha prestado mucha atención al material importado y positivizado<sup>119</sup>. Se ha alabado que el legislador tomara medidas para paliar la actitud restrictiva de nuestro Tribunal Supremo en

---

Schadensberechnung bei Übernahme sonderrechtlich nicht geschützter Leistungen», *GRUR*, 1994, pp. 26 ss.

<sup>119</sup> BAYLOS CORROZA: *Tratado...*, cit., pp. 350, 662, 759, y 837; *Nota de urgencia...*, cit., pp. 105 ss. BOTANA AGRA: *Transmisión y defensa...*, cit., pp. 103 ss. FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Derecho de marcas...*, cit., pp. 180 ss. FERNÁNDEZ-NÓVOA y GÓMEZ SEGADÉ: *La modernización...*, cit., pp. 205 ss. GÓMEZ SEGADÉ: *Panorámica...*, cit. (1987), pp. 839 ss. (1988) y pp. 9 ss.; *La ley de patentes...*, cit., pp. 112 ss. LEMA DEVESA: *Las acciones procesales...*, cit., pp. 53 ss. MARTÍN I CASALS: «Indemnización de daños...», en *El mercado...*, cit., pp. 398 y 399. PEDEMONTÉ FEU: *Comentarios...*, cit., pp. 136 ss. POMBO: *Determinación de daños y perjuicios...*, cit., pp. 249 ss. De mayor interés las aportaciones de CARRASCO PERERA, en *Comentarios...*, cit., pp. 1633 ss. DÍEZ-PICAZO, en *Comentarios...*, cit., pp. 1694 ss. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *El enriquecimiento...*, cit., pp. 19 ss. PORTELLANO: *La imitación...*, cit., pp. 137 ss.



materia de concesión de indemnizaciones en forma de lucro cesante, precisamente en un ámbito como el de los derechos inmateriales en el que ésta es la forma típica de expresión del daño<sup>120</sup>. Algunos autores señalan expresamente que el establecimiento de módulos o criterios indemnizatorios es una actividad que debiera haber sido de hecho desarrollada por la jurisprudencia de nuestros tribunales, pero que, dada la actitud de éstos, debe agradecerse que el legislador haya intervenido<sup>121</sup>. También se ha destacado la simplificación probatoria que la adopción de estas medidas de computar el daño conlleva<sup>122</sup>.

Al margen de estas primeras impresiones, que en algunos casos no constituyen sino meras declaraciones de intención, sólo los comentaristas de la acción indemnizatoria en la Ley de Propiedad Intelectual se han acercado a los verdaderos problemas que la *dreifache Schadensberechnung* acarrea<sup>123</sup>. Díez-Picazo los sintetiza en torno a tres cuestiones centrales: el porqué de una desnaturalización tal de la acción de daños, la compatibilidad de ésta con la acción de enriquecimiento y, en último lugar, el fundamento que legitime la restitución de la ganancia obtenida por el intromisor<sup>124</sup>.

En cuanto a los preceptos en cuestión, la doctrina coincide en que los tres módulos o criterios de cómputo del daño (dos en la LPI) se presentan como alternativas de aproximación o fijación del lucro cesante que no excluyen ninguna de las posibles manifestaciones del daño emergente (arts. 66.1 LP y 38.1 LM): pérdidas sufridas, gastos realizados para evitar o paliar el daño (o estimados para la reparación de éste), así como daños por el desprestigio causado con la acción intromisiva (art. 68 LP)<sup>125</sup>.

Por otra parte, la opción que se presenta al demandante es la de elegir entre tres criterios de fijación del lucro cesante, que no de posibles determinaciones directas del mismo<sup>126</sup>. Entendidos como índices de aproximación al cálculo del lucro cesante dentro de la acción indemnizatoria, los «daños» licencia exigible y ganancia obtenida por el intromisor podrían interpretarse de la manera siguiente: cuando fuese razonable-

<sup>120</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA: *El enriquecimiento...*, cit., p. 13.

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Derecho de marcas...*, cit., p. 200. FERNÁNDEZ-NÓVOA y GÓMEZ SEGADE: *La modernización...*, cit., p. 213. GÓMEZ SEGADE: *La ley...*, cit., p. 116. POMBO: *Determinación...*, cit., pp. 257 ss.

<sup>122</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Derecho de marcas...*, cit., pp. 206 y 207. El autor ha replanteado el tratamiento de esta materia en su discurso El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial (pp. 19 ss.).

<sup>123</sup> CARRASCO PERERA: en *Comentarios...*, cit., art. 123, pp. 1665 ss. El autor se centra en una explicación «indemnizatoria» del artículo 125 de la LPI sólo compatible con la acción de enriquecimiento en la medida en que ésta queda reducida prácticamente a una mera pretensión subsidiaria de equidad.

<sup>124</sup> Díez-PICAZO: en *Comentarios...*, cit., art. 125, pp. 1694 ss.

<sup>125</sup> CARRASCO PERERA: en *Comentarios...*, cit., art. 123, pp. 1665 y 1669. PEDEMONTTE FEU: *Comentarios...*, cit., p. 146. POMBO: *Determinación...*, cit., pp. 255 ss.

<sup>126</sup> BOTANA AGRA: *Transmisión...*, cit., p. 122. CARRASCO PERERA: «Restitución de provechos», *ADC*, 1988, p. 149. FERNÁNDEZ-NÓVOA: *El enriquecimiento...*, cit., p. 14. POMBO: *Determinación de daños y perjuicios...*, cit., pp. 260 ss. Parece que en contra de esta opinión, FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Derecho de marcas...*, cit., p. 200.

mente predecible que el titular del derecho usurpado lo hubiera explotado a través de su cesión onerosa, y siempre que la acción intromisiva fuese precisamente la causante de la imposibilidad de concesión de ésta, el cómputo del lucro cesante debe partir de lo que pudo haber obtenido con la concesión de una licencia de explotación; por el contrario, cuando lo razonablemente previsible fuera que el titular del derecho lo hubiera explotado personalmente y con resultados de ganancia asimilables a los obtenidos por el infractor, siendo así, por ejemplo, que se trata de un sector económico muy homogéneo en donde todas las empresas que en él compiten obtienen unos rendimientos muy similares<sup>127</sup>, el cómputo del lucro cesante cuenta como punto de partida con la ganancia obtenida por el intromisor.

Sin embargo, esta interpretación en clave rigurosamente indemnizatoria no deja de plantear serios problemas. En primer lugar, porque de esta forma los párrafos *b*) y *c*) de los artículos mencionados (ganancia obtenida por el intromisor y licencia exigible) se convertirían en dos variantes de *a*) perfectamente reconducibles a su tenor literal, que, por otra parte, no es sino el tradicional de nuestro derecho de daños para el cálculo del lucro cesante, y por lo tanto, absolutamente innecesarios. Recordemos, además, que el hecho de que su elección quede en manos del demandante, hace de la «razonable previsibilidad» una cuestión de conveniencia. Si de lo que se trata es de averiguar la entidad real del daño sufrido, ¿cómo es posible que los módulos de aproximación al mismo no dependan de su existencia ni de las circunstancias fácticas que lo rodean sino de una elección libre del demandante? La misma imposibilidad de explicación del «cómputo triple del daño» como fenómeno indemnizatorio puesta de relieve en el ámbito jurídico alemán es la que ahora impide una visión satisfactoria de nuestras especiales acciones de daños. Insistamos en ello mediante un ejemplo.

Un compositor de óperas expresa el deseo de que sus obras no sean interpretadas ni editadas, y deniega sistemáticamente las numerosas peticiones para la cesión de sus derechos sobre las mismas. Si ante la demanda apremiante de un público ávido de novedades, y aún más de obras inéditas, secretas o «malditas», un empresario decide interpretarlas, ¿existe realmente un daño para el compositor que consista en lo que hubiera cobrado por cederlas o en la ganancia que hubiese obtenido por explotarlas (en el poco probable supuesto de que tuviera una empresa para llevar a cabo por sí mismo la explotación)? Sin duda podríamos hablar del daño moral que causa la violación del silencio deseado, de la legitimidad de éste frente al interés de sus coetáneos por escuchar su obra, de una acción de enriquecimiento por la intromisión, de las acciones de cesación y remoción, e incluso de la conveniencia o necesidad de

---

<sup>127</sup> En el marco de la Ley de Propiedad Intelectual, DÍEZ-PICAZO: en *Comentarios...*, cit., art. 125, p. 1698. CARRASCO PERERA: en *Comentarios...*, cit., art. 123, p. 1672.

prevenir y punir conductas intromisivas semejantes, pero, ¿podría afirmarse que de no haberse dado la intromisión él hubiera obtenido un lucro derivado de la cesión o explotación de su obra, o, al menos, equiparable a éste, y que precisamente ha sido dicha intromisión la que lo ha frustrado? La respuesta negativa se impone.

Carrasco Perera intenta salvar la dimensión indemnizatoria de la restitución de la licencia que hubiese sido exigible al intromisor en el marco del artículo 125 de la LPI (actual art. 135; recordemos que la LPI no recoge como posible módulo para el cómputo del daño la restitución de la ganancia obtenida por éste) a través de la idea de fijación abstracta del daño (tasación positiva del valor indemnizable). En su opinión, «en nuestra ley queda claro que es una acción indemnizatoria, a lo que no obsta su naturaleza abstracta, pues también abstracta es la indemnización del daño en el artículo 1108 del Código Civil»<sup>128</sup>.

Ahora bien, en el artículo 1108 el codificador sacrifica la verdad material sobre el daño efectivamente sufrido por la simplicidad y operatividad que le proporciona el establecimiento de una verdad formal (el daño derivado de la mora del deudor se corresponde con el interés que las partes han fijado para la deuda pecuniaria o, en su defecto, con el interés legal), en tanto en cuanto estima que en la mayoría de los casos de mora el daño típico que se produce al acreedor es precisamente la utilidad/rendimiento que representa el interés fijado por la autonomía de la voluntad y respetado por la ley, o impuesto por ésta en su defecto a través de un baremo que debe responder a la realidad económica y social en la que es aplicado (interés legal)<sup>129</sup>.

Sólo esta tipicidad extraída de la realidad puede justificar la imposición apriorística del daño indemnizable, ya que, de no existir, la comodidad que proporciona difícilmente podría justificar las irregularidades indemnizatorias que causa (daños que quedan sin indemnizar, resarcimiento de daños inexistentes o no probados). Por otra parte, la simplicidad proporcionada por el criterio de daño/interés (establecido por las

<sup>128</sup> CARRASCO PERERA: en *Comentarios...*, cit., art. 123, p. 1666. También Rodríguez Tapia (en RODRÍGUEZ TAPIA/BONDÍA ROMÁN: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1997, p. 514) opina que el artículo 135 LPI «ofrece un criterio de valoración abstracta del lucro cesante, a elegir entre dos cuantías». Por su parte, Díez-Picazo (*Fundamentos...*, cit., II, p. 684) propone que el artículo 125 de la LPI contiene «formas de calcular un enriquecimiento» que «pertenecen a lo que los anglosajones han llamado el derecho de opción entre la indemnización de daños y la reclamación de enriquecimiento, que, en términos generales, puede considerarse admisible en nuestro Derecho positivo».

<sup>129</sup> Díez-Picazo, en *Comentario del Código Civil*, II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1108, pp. 62 ss. LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, II-1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1994, pp. 214 y 215. RUIZ-RICO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. por Albaladejo), XV-1.º, Madrid, 1989, art. 1108, pp. 755 ss. Afirma este último autor que la liquidación «forfaitaria» del daño por mora no se explica con el argumento de las dificultades probatorias que en cada caso concreto conllevaría la prueba del daño derivado de no haber podido dar al dinero el uso específico que el acreedor tuviera previsto. La razón profunda no puede ser otra que la «productividad natural» del dinero.

partes o por la ley y, por lo tanto, incuestionable) contrasta con la sólo aparente sencillez que encierra la operación de determinación de la licencia que hubiera sido exigible al intromisor, tal y como seguidamente se pondrá de manifiesto.

Si la experiencia demostrara que el daño típico (el más numeroso estadísticamente y más importante económicamente) causado al titular de un derecho de autor, de patente o de marca por la usurpación de éstos fuera el no haber podido cederlos a cambio de una licencia de explotación, la fijación de ésta como daño abstracto impuesto por el legislador podría quedar justificada. Por el contrario, la realidad parece ser bien distinta y enormemente plural. Baste indicar que el daño/licencia entendido como lucro cesante típico no es cabalmente esperable ni por quien sistemáticamente deniega la cesión de su derecho, ni por quien lo explota en exclusiva o lo ha cedido en estas mismas condiciones, lo cual resulta decisivo precisamente en derechos como los de marca o patente, en los que la exclusividad tiene una relevancia determinante de cara a la concurrencia en el mercado.

Mantener que la *dreifache Schadensberechnung* contiene módulos objetivo-abstractos de determinación del lucro cesante que no requieren la prueba efectiva de su capacidad real para constituir verdaderos «daños» en sentido subjetivo, por responder a funciones distintas de la resarcitoria<sup>130</sup>, choca, además, con todas las críticas que en la doctrina alemana se han vertido contra la *dreifache Schadensberechnung*, y que podrían sintetizarse en torno a la siguiente reflexión: la propuesta jurisprudencial de especiales módulos para el cómputo del daño escapa de la lógica indemnizatoria y conduce a la desintegración de los conceptos de daño y de resarcimiento, quedando sin suficiente apoyo legal y dogmático el tímido intento de reconvertir la función indemnizatoria en otra de carácter reintegrador, o el esfuerzo más enérgico por contaminar la acción de daños con ideas preventivo-punitivas<sup>131</sup>.

Estos intentos de objetivizar la responsabilidad civil pretendiendo un cambio de función de la misma no encuentran acomodo en el esquema indemnizatorio positivo español, ya que, ni la función reintegradora de derechos, ni la preventivo-punitiva de conductas reprobables son propias de nuestra responsabilidad por daños<sup>132</sup>. Ciertamente, la restitui-

<sup>130</sup> CARRASCO PERERA, en *Comentarios...*, cit., art. 123, pp. 1665 ss.

<sup>131</sup> POMBO: *Determinación...*, cit., p. 277. En su opinión, se trata de esperar que los principios generales que emanan de los criterios establecidos por dichas leyes especiales generen, en su aplicación práctica, indemnizaciones reales que desanimen a los infractores de los derechos de propiedad industrial; todo ello a través de un «sistema de responsabilidad nuevo», basado en modelos restitutorios y otorgando un arbitrio judicial «inmenso». En nuestra opinión, resulta alarmante que la regulación de la acción indemnizatoria tenga por finalidad el otorgamiento de un gran arbitrio para que los tribunales sean libres de aplicar medidas restitutorias o punitivas en lugar de las propiamente indemnizatorias. ¿No sería mucho más cabal conceder verdaderas acciones restitutorias con un fundamento y función propios e independientes del mero arbitrio judicial?

<sup>132</sup> MARTÍN I CASALS: «Indemnización de daños...», en *El mercado...*, cit., p. 393. PANTALEÓN: en *Comentario...*, II, cit., art. 1902, pp. 1971 ss.

ción de la licencia podría contemplarse como reintegración del derecho usurpado y la restitución de la ganancia como castigo a la intromisión, pero en ningún caso como «daños», ya que, de ser así, la acción para exigir la indemnización de éstos se convertiría en un mecanismo que permite al demandante optar entre el resarcimiento de su daño, la reintegración de su derecho o la punición de la conducta del demandado, según su voluntad, cuando en realidad se trata de tres pretensiones bien distintas (ténganse en cuenta cuestiones como las de la prescripción o transmisión de las acciones), que deberían ser adecuadamente delimitadas en atención a la muy diversa trascendencia jurídica que conllevan. La falta de adecuada delimitación conduce a contradicciones como la siguiente:

¿Qué sentido puede tener que el titular que no cumple con la obligación de explotación de su derecho (art. 83 de la Ley de Patentes) pueda optar a la *indemnización* de un lucro cesante articulado a partir de la idea de licencia, cuando ésta de hecho nunca hubiera sido otorgada? <sup>133</sup>. Si se quiso «reintegrar» el patrimonio afectado, debió haberse adoptado otra medida no indemnizatoria, de forma que no dependa, ni de la imputación subjetiva de la acción a su autor, ni del control de previsión del que hubiera sido lucro cesante del afectado. Si se quiso «castigar» al intromisor se debió haber adoptado otra medida, ni asegurable ni transmisible, que no beneficie a un sujeto que nada ha hecho para merecer tal trato de favor, sino que, por el contrario, incumple la previsión legal de explotación de su derecho. No olvidemos que la preventivo-punitiva no es la función de la responsabilidad por daños precisamente porque ésta es un mal instrumento para la misma <sup>134</sup>.

Otro punto oscuro de esta acción de daños desnaturalizada se produce en la determinación de los sujetos legitimados activa y pasivamente. En cuanto a la legitimación activa, la cuestión puede plantearse de la siguiente manera: ¿es siempre la misma persona la víctima del daño y el titular del derecho usurpado? En el caso de usurpación de una marca ajena cedida a un licenciataria, resultaría absurdo «indemnizar» a éste por una licencia que no hubiera podido conceder (salvo que la concesión comprendiera también el derecho de explotación), pero es razonable que pueda exigir el resarcimiento del daño que realmente se le ha causado como usuario legítimo del derecho usurpado.

Respecto a la legitimación pasiva, tampoco en todos los casos coincidirá el causante del daño (o responsable civilmente de éste) con el beneficiario de la acción usurpatoria; y no habiendo previsión legal alguna sobre contra quién deba estar dirigida la acción, podría llegarse al absurdo de que el demandante se haga indemnizar del beneficiario, restituir del causante del daño, e incluso aprovecharse de la ganancia de cualquiera de ambos, según le convenga.

<sup>133</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA y GÓMEZ SEGADÉ: *La modernización...*, cit., p. 214.

<sup>134</sup> PANTALEÓN: en *Comentario...*, II, cit., art. 1902, p. 1971.

En el marco de la Ley de Patentes, el carácter indemnizatorio de la acción se desvirtúa aún más teniendo en cuenta que la opción triple del demandante opera en los supuestos del artículo 64.1 de forma objetiva, esto es, sin necesidad de título de imputación alguno (culpa o dolo) que justifique la tan diversa trascendencia patrimonial que para el demandado puedan tener las opciones de aquél<sup>135</sup>. Esto supone que los sujetos contemplados por el mencionado artículo (el fabricante o importador de los objetos protegidos y el usuario del procedimiento patentado) responden incluso con su ganancia al margen del juicio que merezca su comportamiento y a pesar de que existan circunstancias que puedan hacer justificable o menos reprochable la acción (no se ha dado publicidad a la patente en los objetos en los que se materializa; un medio de comunicación anuncia por error la caducidad de un derecho de patente un año antes de que esto realmente ocurra y alguien actúa al amparo de la confianza que le merece la noticia).

Si lo que el legislador quería era promover la diligencia en las labores de los sujetos mencionados y la alerta respecto a la existencia y protección de los derechos sobre invenciones del intelecto, bien pudo haber bastado la presunción de su culpa, lo cual, por otra parte, es ya práctica habitual de nuestros tribunales, forzando así la prueba de irreprochabilidad a cargo de los demandados, que en estos casos resulta, por lo general, suficientemente difícil<sup>136</sup>. Por el contrario, al determinar su responsabilidad sin posibilidad de exoneración, se promueve seguramente el encarecimiento automático de las actividades mencionadas (cuyos responsables se apresurarán a asegurar convenientemente) en perjuicio de los destinatarios finales de los objetos patentados.

Ni el legislador ni la doctrina han dado una explicación satisfactoria a esta responsabilidad por daño de carácter objetivo, que no casa ni con la tradicional imputabilidad del daño a su autor ni mucho menos con la posibilidad de optar por la restitución de la ganancia, y cuyo contenido punitivo agudiza la inconsecuencia de ser articulada a través de una responsabilidad ajena a la cualidad del comportamiento del responsable. Sólo la restitución de la licencia que hubiera sido exigible como precio de reintegración del derecho usurpado está informada por el principio de objetividad; sin embargo, ni esta objetividad ni la función reintegradora pertenecen al ámbito de la acción de daños. De esta manera, corroboramos que el marco legal de la responsabilidad civil no es apto para albergar una figura jurídica como la de la *dreifache Schadensberechnung*.

<sup>135</sup> BOTANA AGRA: *Transmisión...*, cit., p. 122. FERNÁNDEZ-NÓVOA y GÓMEZ SEGARDE: *La modernización...*, cit., p. 209. POMBO: *Determinación...*, cit., pp. 251 ss.

<sup>136</sup> CORNISH: *Materials on intellectual property*, Oxford, 1990, p. 112. La Patents Act inglesa de 1977 -s. 62(1)- exime de responsabilidad al intromisor cuando éste puede probar que en el momento de producción de la intromisión no tuvo indicios razonables que indicaran la existencia de la patente, e incluso detalla que el mero hecho de que en el producto patentado aparezcan las palabras «patente» o «patentado» no implica el deber de suponer su existencia, a menos que junto a las mencionadas expresiones conste el número de la patente.

En un plano de atención bien distinto, se ha afirmado que la bondad de la *dreifache Schadensberechnung* radica en la simplificación y facilitación de la tarea de liquidación del daño, fundamentalmente a través de su módulo/licencia<sup>137</sup>. Esta aseveración resulta, sin embargo, seriamente cuestionable. Ciertamente es que la prueba del lucro cesante plantea importantes y, en ocasiones, insalvables dificultades, pero en ningún caso son éstas superiores a las provocadas por el cálculo de la ganancia obtenida por el intromisor cuando ésta se ha obtenido en un proceso industrial o comercial en el que intervienen, además del derecho usurpado, otros factores productivos cuya parte proporcional de beneficio no tiene por qué ir a parar al demandante<sup>138</sup>. De ahí que en la historia de aplicación de la *dreifache Schadensberechnung* la jurisprudencia se haya decantado siempre por aplicar con preferencia el módulo/licencia, por ser éste el más «sencillo y asequible»<sup>139</sup>. Mas no es menos cierto que esta práctica ha sido duramente criticada por el escaso rigor con que la jurisprudencia ha entendido su pretendida sencillez, o más bien, por el uso que ha hecho de su interesada simplificación<sup>140</sup>. La labor de determinación de la licencia que hubiera sido exigible por el titular al intromisor en el momento en que se produjo la intromisión no es una tarea nada fácil, si acaso sólo su formulación como receta mágica lo sea.

La fijación real y adecuada de la licencia deberá tener en cuenta numerosas circunstancias que varían en cada caso<sup>141</sup>. Así, el titular del derecho protegido puede explotarlo por sí, cederlo (sea o no la cesión en exclusiva), o permanecer inactivo respecto al mismo. La trascendencia patrimonial que tiene la concesión de una licencia en cada uno de estos casos es naturalmente diferente. También las licencias concedidas por sus competidores al tiempo de la intromisión pueden ser indicativas de su valor, pero habrá que distinguir entre los usos comunes y las peculiaridades distintivas de cada firma (exclusivismo, control sobre los licenciarios), así como la textura del mercado (oportunida-

<sup>137</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Derecho de marcas...*, cit., p. 207.

<sup>138</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA: *El enriquecimiento...*, cit., pp. 24 ss. y 52 ss.

<sup>139</sup> CHAVANNE y BURST: *Droit de la propriété industrielle*, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1990, pp. 303 ss. También la jurisprudencia francesa concede indemnizaciones que corresponden al precio de la licencia que hubiera sido exigible siempre que la patente no estuviera siendo explotada por su titular.

<sup>140</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., pp. 15 ss. BRANDNER: *Die Herausgabe...*, cit., pp. 363 ss. DELAHAYE: *Kernprobleme...*, cit., pp. 219 ss. KÖRNER: *Die Aufwertung...*, cit., pp. 611 ss. KRASSER: *Schadensersatz...*, cit., pp. 270 ss. LEHMANN: *Juristisch-ökonomische Kriterien...*, cit., pp. 1682 ss. LEISSE y TRAUB: *Schadensschätzung...*, cit., pp. 1 ss. PIETZCKER: *Richtlinien...*, cit., pp. 345 ss. PREU: *Richtlinien...*, cit., pp. 758 ss. SACK: *Die Lizenzanalogie...*, cit., pp. 373 ss. VOLLRATH: *Zur Berücksichtigung...*, cit., pp. 52 ss.

<sup>141</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA: *El enriquecimiento...*, cit., pp. 30 ss. y 57 ss. El autor enumera como factores más importantes, a la hora de determinar la regalía razonable por utilización indebida de patente ajena, la importancia económica del invento patentado, la duración de la patente y el número y clase de licencias concedidas en el momento en que comenzó la violación de la patente. Para el caso de que sea una marca el objeto de la usurpación, nombra el autor la notoriedad y el prestigio de la marca, y el número y clase de las licencias concedidas en el momento en que comenzó la violación de ésta.

des, homogeneidad de la actividad empresarial concurrente) en el que la intromisión se da. Resulta orientativo, como índice para la determinación de la licencia, el precio al que el titular comercializa los productos protegidos (si es que éste explota por sí su derecho) y no tanto los precios de venta del usurpador, que puede competir a la baja respecto a los precios de aquél porque se ahorra los gastos de investigación, solitud y conservación de la patente, o de lanzamiento e incorporación al mercado de la marca <sup>142</sup>.

Otra cuestión sin resolver es si el titular del derecho usurpado puede exigir los intereses que la cuantía de la licencia hubiera devengado desde que debió haber sido regularmente satisfecha al tiempo de la intromisión. Para nuestra jurisprudencia sería difícil aceptar que una deuda ilíquida pudiera devengar intereses, pero podría contrargumentarse que lo que nace a cargo del deudor del enriquecimiento es una deuda de valor que comprende tanto el nominal de la licencia que debió satisfacerse como los intereses que desde entonces hubieran constituido su rendimiento típico <sup>143</sup>.

Si lo que se pretendía era superar las dificultades de tipo práctico-probatorio existentes (tanto para el «daño/licencia» como para el «daño/ganancia»), la medida adoptada también resulta inadecuada, ya que, como la práctica alemana ha demostrado, el mero hecho de adoptar estos criterios como punto de partida para el cómputo del daño no soluciona los problemas sobre la adecuada cuantía de la licencia ni sobre la ganancia restituibles. Para tal fin se debieron adoptar otras medidas que expresamente se dirigieran a la facilitación o dulcificación de las exigencias probatorias a partir de datos extraídos de la experiencia jurídico-económica, acabando así con el riesgo de confundirlas con auténticas pautas indemnizatorias.

Hemos podido comprobar que la *dreifache Schadensberechnung* constituye un cuerpo jurídico extraño a nuestro sistema de responsabilidad civil que no se deja explicar por los postulados de éste, ni ha sabido adaptarse al mismo. Su pretendida ventaja de simplicidad contrasta con las contradicciones que plantea y las cuestiones que deja sin resolver. Recordemos que, tal y como la propia doctrina jurídica alemana ha puesto de relieve, esta particular invención jurisprudencial sobre el cómputo

<sup>142</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., pp. 15 ss. BRANDNER: *Die Herausgabe...*, cit., p. 363. DELAHAYE: *Kernprobleme...*, cit., p. 219. KÖRNER: *Die Aufwertung...*, cit., p. 611. KRASSER: *Schadensersatz...*, cit., p. 270. PIETZCKER: *Schadensersatz...*, cit., pp. 55 ss. PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 758. SACK: *Die Lizenzanalogie...*, cit., pp. 373 ss. VOLLRATH: *Zur Berücksichtigung...*, cit., p. 52. En España, FERNÁNDEZ-NÓVOA y GÓMEZ SEGADE: *La modernización...*, cit., p. 215. Sobre la práctica de los tribunales norteamericanos, PAGENBERG: «Die amerikanische Schadensersatzpraxis im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht», *GRUR Int.*, 1980, pp. 289 ss.

<sup>143</sup> ASSMANN: *Schadensersatz...*, cit., pp. 15 ss. BRANDNER: *Die Herausgabe...*, cit., p. 363. DELAHAYE: *Kernprobleme...*, cit., p. 219. KÖRNER: *Die Aufwertung...*, cit., p. 611. KRASSER: *Schadensersatz...*, cit., p. 270. PIETZCKER: *Schadensersatz...*, cit., pp. 55 ss. PREU: *Richtlinien...*, cit., p. 758. SACK: *Die Lizenzanalogie...*, cit., pp. 373 ss. VOLLRATH: *Zur Berücksichtigung...*, cit., p. 52.



del daño careció ya desde sus comienzos de toda coherencia dogmática, luego no debemos extrañarnos de que resulte insatisfactoria su ubicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Tal y como se ha podido apreciar en la génesis de la institución que nos ocupa, los problemas fundamentales que afectan a la *dreifache Schadensberechnung* derivan de la mezcla y confusión de diversos planos jurídicos (resarcitorio, reintegrador y preventivo-punitivo), así como de la pretensión de compensación de las «deficiencias» de cada uno de ellos con las «virtudes» de los demás. El intento de constitución de una acción de daños privilegiada que cubra el daño, la reintegración del derecho lesionado o el castigo del intromisor, a elección del demandante y sin atención a las circunstancias de cada supuesto, no es sino un remedio a corto plazo para salir al paso del difícil lance de determinación del daño causado a bienes inmateriales. La tarea que se impone a continuación es precisamente la de desentrañar la lógica dogmática que pueda extraerse de aquel remedio, para lo cual será necesario abordar separadamente cada uno de los supuestos contemplados por la triple alternativa <sup>144</sup>.

a) «Los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente» constituyen la partida tradicional del lucro cesante, la ganancia dejada de obtener precisamente como consecuencia de la acción intromisiva. La dificultad de su prueba reside en que estos beneficios deben probarse como hechos que no han existido pero que hubieran llegado a ser realidad <sup>145</sup>. Sin duda, su finalidad es indemnizatoria por lo que también deberán probarse la imputación de la intromisión a su autor (dolo o culpa; a salvo el excepcional ámbito de «objetividad» del art. 64.1 de la LP), así como la relación causal entre ésta y el hecho de que aquéllos hayan dejado de obtenerse. Podría agregarse que «licencia exigible» y «ganancia obtenida por el intromisor» se comportan como subespecies de esta misma medida indemnizatoria siempre que correspondan a aquello que el titular del bien usurpado hubiera obtenido de no haber tenido lugar la intromisión.

b) «Los beneficios que el infractor ha obtenido» no tienen, en principio, nada que ver con la indemnización del lucro cesante (a salvo la excepción que acabamos de mencionar). La indemnizatoria no es, por tanto, en puridad, su función, como tampoco lo es la de reintegración de

<sup>144</sup> PORTELLANO: *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1995, pp. 147 ss. El autor propone que los apartados b) y c) de los artículos 66.2 LP y 38.2 LM deben entenderse conforme a la interpretación auténtica que de los mismos ha dado el legislador en el artículo 18.6.º de la LCD, esto es, como verdaderas pretensiones de enriquecimiento injustificado. Véase, también, la interpretación particular de Fernández-Nóvoa (*El enriquecimiento...*, cit., pp. 19 ss.).

<sup>145</sup> Atendiendo a la mencionada intención del legislador de paliar las consecuencias de la política restrictiva de nuestro más alto tribunal respecto a la concesión de indemnizaciones en forma de lucro cesante, una alternativa más ortodoxa dogmáticamente hubiera sido la de establecer en la propia ley nuevas pautas de razonable previsibilidad de la ganancia, de forma que se facilitara así la prueba de los daños, no la ficción sobre su existencia. Sobre esto volveremos inmediatamente.

derechos, ya que la fuerza de atribución de éstos no alcanza a los beneficios que terceras personas puedan haber obtenido con la utilización de los mismos. La medida responde, en principio, a la punición de aquellas conductas cuyos autores merezcan ver frustrados los frutos de su esfuerzo, inversión e iniciativa. Por ello resulta necesario establecer un control riguroso de la reprochabilidad que merezcan los intromisores, de forma que sean castigados quienes razonablemente merezcan serlo (sujetos dolosos o gravemente culposos). Precisamente, la restitución de la ganancia obtenida por el intromisor está contemplada como una de las «consecuencias accesorias» que el legislador penal prevé para delitos y faltas dolosos (art. 127 del Código Penal), lo cual hace especialmente cuestionable su concesión en el ámbito jurídico-privado.

Ahora bien, si no queremos dejar vacío de contenido nuestro Derecho positivo (arts. 66.2 LP y 38.2 LM), se impone un esfuerzo por proporcionarle una explicación *indemnizatoria* que respete la lógica *restitutoria* a la que acabamos de aludir, dejando así abierta la posibilidad de acudir a verdaderas acciones de enriquecimiento. En nuestra opinión, la perspectiva adecuada para llevar a cabo esta labor la proporciona la idea de presunción. La ganancia obtenida por el intromisor actúa como presunción *iuris tantum* del daño sufrido por el titular, siempre que éste pruebe que hubiera explotado por sí el objeto de la usurpación (por lo tanto, sin posibilidad de *libre* elección)<sup>146</sup>. La presunción se apoya en un hecho probado que la avala (el titular hubiera explotado por sí su derecho), sin que sea necesario llegar a la plena reconstrucción de la que hubiese resultado ser situación real hipotética del demandante (ganancia que hubiese obtenido por sí, o lucro cesante en sentido tradicional)<sup>147</sup>. De esta forma se consigue una razonable simplificación del cómputo indemnizatorio, pero a partir de datos proporcionados por la realidad, no por simple conveniencia del demandante.

c) «El precio que el infractor hubiese debido pagar al titular del derecho por la concesión de una licencia de explotación» constituye la medida de reintegración del derecho usurpado, cuyo contenido de atribución

---

<sup>146</sup> Se trata ésta de la propuesta que Portellano (*La imitación...*, cit., pp. 151 y 152, nota núm. 254) atribuye a Pantaleón y que aquél opta, finalmente, por rechazar. En nuestra opinión —frente a la tesis de Portellano—, no hay ninguna necesidad de entender los apartados b) y c) de los mencionados preceptos como reconocedores de verdaderas acciones de enriquecimiento para que éstas puedan ser concedidas en el ámbito del derecho de patentes o de marcas. La mayor coherencia de la propuesta de Pantaleón estriba en que viene a ser como una «reconstrucción» de lo que debió haber sido una *dreifache Schadensberechnung* o «cómputo triple del daño» según pautas indemnizatorias que respete además el plano restitutorio en el que se desarrollan las acciones de enriquecimiento, lo cual nos parece mucho más convincente que una propuesta que, con el loable pretexto de desenmascarar las acciones de enriquecimiento, sigue ofreciendo al demandante la posibilidad de optar por la indemnización del lucro cesante, la reintegración del derecho usurpado y la eventual punición de la conducta del intromisor, opción cuya inconveniencia creemos haber puesto suficientemente de relieve. Véase, también, MASSAGUER, voz «Acción por violación del derecho de marca», en *EJB*, I, pp. 117 y 118.

<sup>147</sup> Por supuesto, cabe la prueba en contrario.

otorga la facultad de exigir aquello con lo que hubiese podido legitimarse el uso del derecho por parte del intromisor. Tanto por su función de reintegración, por su objetividad respecto a la imputación de la conducta intromisiva, así como por su total independencia de la existencia de daño (en sentido efectivo-subjetivo), su restitución corresponde a la esfera del derecho de enriquecimiento. La doctrina ya había señalado el parentesco de esta medida y de la anterior con los módulos restitutorios de la acción de enriquecimiento<sup>148</sup>. En realidad, tal parentesco es innecesario, puesto que constituyen en sí mismas medidas restitutorias pertenecientes al derecho de enriquecimiento que deben ser tratadas como tales si quiere ofrecerse cierta coherencia dogmática en su aplicación<sup>149</sup>.

Con todo, al quedar abierta la posibilidad de optar por verdaderas acciones de enriquecimiento, se impone también en este caso una interpretación *indemnizatoria* de los preceptos que en nuestro Derecho positivo recogen esta medida restitutoria (arts. 66.2 LP, 38.2 LM y 135 LPI), de forma que resulten compatibles con aquéllas. Así, guardando un paralelismo respecto a cuanto hemos mantenido en el apartado anterior [b)], entendemos que la licencia que el intromisor hubiera debido satisfacer al titular del derecho usurpado actúa a modo de presunción *iuris tantum* del daño sufrido por éste, siempre que quede razonablemente probado que su comportamiento respecto al derecho usurpado hubiera sido precisamente el de cederlo a cambio de un precio; se facilita así enormemente la determinación del daño a partir de ciertos datos básicos proporcionados por la realidad, evitando que la cuantía indemnizatoria quede a merced de la conveniencia del demandante. Podría afirmarse que el contenido indemnizatorio de los preceptos mencionados se concreta en la tasación legal de ciertos daños «típicos», apreciables siempre que concurren determinados comportamientos igualmente «típicos» del demandante<sup>150</sup>.

Es desde esta perspectiva desde la que debemos enjuiciar las posibilidades de *libre* «opción» del demandante en nuestras Leyes de Patentes y Marcas. *De lege lata*, el ejercicio de la acción indemnizatoria exige la elección al tiempo de la demanda de uno de los tres módulos de fijación del daño<sup>151</sup>, pero la consideración de éstos como verdaderos módulos indemnizatorios posibilita el ejercicio simultáneo de la acción de enri-

<sup>148</sup> CARRASCO PERERA: *Restitución...*, cit. (1988) p. 150; en *Comentarios...*, cit., art. 123, pp. 1665 ss. DíEZ-PICAZO, en *Comentarios...*, cit., art. 125, pp. 1695 ss. VICENT CHULIÁ: «Otra opinión sobre la ley de competencia desleal», *RGD*, 1993, p. 9990. POMBO: *Determinación...*, cit., pp. 260 ss.

<sup>149</sup> DíEZ-PICAZO, en *Comentarios...*, cit., art. 125, p. 1697. PANTALEÓN: en *Comentario...*, II, cit., art. 1902, p. 1973.

<sup>150</sup> Esta interpretación nos parece más adecuada que la de Portellano (*La imitación...*, cit., pp. 147 ss.) porque maximiza y optimiza el contenido de las previsiones legales sobre la materia, evitando nuevas posibles confusiones entre ambos tipos de pretensión y determinando correctamente los términos de la opción (el citado autor permite la opción, dentro de la acción de enriquecimiento, entre la restitución de la licencia o de la ganancia; *La imitación...*, cit., p. 154).

<sup>151</sup> DíEZ-PICAZO, en *Comentarios...*, cit., art. 125, p. 1697.

quecimiento (a salvo la eventual concurrencia de las pretensiones materiales de ambas acciones)<sup>152</sup>.

La conclusión parcial a la que puede llegarse en este lugar es que no sería posible una interpretación y aplicación correcta de los artículos que en nuestro Derecho incorporan la *dreifache Schadensberechnung* alemana sin deslindar adecuadamente el ámbito indemnizatorio del restitutorio, tarea en la que hay que tener bien presentes los postulados del derecho de enriquecimiento y, en concreto, los de la *condictio* por intromisión. En cuanto a la adecuada interpretación de aquéllos (arts. 66.2 LP, 38.2 LM y 135 LPI), nuestra propuesta se decanta por una lectura razonablemente indemnizatoria (la prueba de determinados comportamientos «típicos» del titular del derecho usurpado posibilita la presunción *iuris tantum* de los daños provocados por la usurpación) que deja abierta la posibilidad de acudir a verdaderas acciones de enriquecimiento.

---

<sup>152</sup> A la misma conclusión llega PORTELLANO: *La imitación...*, cit., p. 151. Por otra parte, para una utilización adecuada de estas peculiares acciones de daños en nuestras Leyes de Patentes y Marcas, los jueces deberían distinguir con claridad los planos indemnizatorio (acción de daños), protector-reintegrador (*condictio* por intromisión) y preventivo-punitivo (impropio como tal de cualesquiera de ellas), reservando este último para conductas dolosas o gravemente culposas que merezcan castigo, haciendo siempre explícita la motivación funcional de la decisión, de forma que quede abierta la posibilidad de interponer nuevas pretensiones en aquellos aspectos que no hubiesen sido apreciados (la indemnización del daño no excluye ni la reintegración, ni la procedencia eventual de punición, de ahí que la libre opción entre éstas resulte inadecuada, y que lo correcto sea hacer explícita siempre la principal de las funciones jurídicas consideradas).



## Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

SUMARIO: 1. *Consideraciones introductorias*: a) Derecho civil, urbanístico e hipotecario. b) Las normas de trascendencia registral en la Legislación Urbanística. 2. *El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio*: a) Estructura formal. b) Aspectos de las NCRH que serán objeto de comentario. c) Influencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, en las cuestiones objeto de comentario.-3. *Inscripción de los proyectos de equidistribución*: a) Concepto de Proyecto de equidistribución. b) La nota marginal de iniciación del procedimiento equidistributivo contemplada en el artículo 5 de las NCRH: b1) Alcance de la afección publicada por la nota del artículo 5 de las NCRH. b2) Momento a partir del cual puede practicarse la nota marginal cuando se actúa por compensación. b3) La nota marginal de iniciación del procedimiento y la inscripción del expediente equidistributivo. c) Régimen de las titularidades limitadas y de los derechos y gravámenes inscritos sobre las fincas de origen: c1) La compleja regulación anterior al TRLS de 1992 y a las NCRH. c2) Regulación actual: El artículo 168 del TR de 1992 y los artículos 11 y 12 de las NCRH.-4. *La declaración de obra nueva en las NCRH*. a) Los preceptos de las NCRH relativos a la declaración de obra nueva y el artículo 37.2 del TRLS de 1992. b) La finalidad perseguida por el artículo 37.2 del TRLS y por su antecedente el artículo 25.2 de la Ley 8/1990. c) Las NCRH en relación con los problemas planteados por el artículo 25.2 de la Ley 8/1990 y por el artículo 37.2 del TRLS de 1992: c1) El ámbito de aplicación espacial del artículo 37.2 del TRLS de 1992 y el artículo 46 de las NCRH. c2) El ámbito de aplicación temporal del artículo 37.2 del TRLS de 1992 y el artículo 52 de las NCRH. c3) El ámbito de aplicación material del artículo 37.2 del TRLS de 1992 y los artículos 45 y 53 de las NCRH. c4) El contenido de la certificación exigida por el artículo 37.2 del TRLS de 1992: el artículo 46 de las NCRH. c5) El «técnico competente» para certificar: el artículo 50 de las NCRH. c6) El artículo 49 de las NCRH y la intervención del técnico certificador.-5. *Las NCRH y la inscripción de las transferencias de aprovechamiento urbanístico*: A) Consideraciones introductorias: a) Las TAUS y sus alternativas. b) Aspectos que abordaremos en este trabajo. B) Las ventas directas de aprovechamientos por la administración en las NCRH: a) Regulación llevada a cabo por las NCRH. b) La apertura de folio al aprovechamiento transferible adquirido por la

Administración. c) La venta directa de aprovechamientos genéricos por parte de la Administración no puede acceder al Registro de la Propiedad. d) Innecesariedad de que las ventas directas de aprovechamientos accedan al Registro de la Propiedad. e) Consecuencia lógica de los dos factores últimamente citados: las ventas directas no accederán, en su mayor parte, al Registro de la Propiedad. C) Los derechos reales existentes sobre las parcelas afectadas por una TAU y el consentimiento de los titulares de cargas: a) Regulación llevada a cabo por las NCRH. b) La carencia de una norma de derecho dispositivo acerca de los efectos de una TAU sobre los derechos reales limitados. c) Las cargas y derechos reales limitados, ¿afectan de modo principal a las parcelas o a su valor? d) Solución que nosotros defendimos y problemas planteados por la interpretación llevada a cabo en las NCRH: d1) Nuestra interpretación acerca de los efectos de la TAU sobre los derechos reales limitados. d2) Problemas planteados por la interpretación de las NCRH. D) Actividad fiscalizadora de la Administración en relación con las TAUS.

## 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

### a) DERECHO CIVIL, URBANÍSTICO E HIPOTECARIO

La normativa reguladora del derecho de propiedad inmobiliaria contenida en el Código Civil y en la Ley de Propiedad Horizontal resulta fuertemente modalizada durante la fase de urbanización-edificación, o bien de reconstrucción de las edificaciones existentes. En esa fase la primacía del ordenamiento urbanístico es casi agobiante, pero una vez concluida la actividad edificatoria el Derecho privado vuelve a situarse en primer plano —al menos hasta la incierta fecha en que haya de sustituirse nuevamente la edificación.

Este carácter «secuencial» de la propiedad inmobiliaria permite que el Derecho civil y el Derecho urbanístico puedan coexistir con ámbitos propios y principios perfectamente diferenciados. Sólo la perpetuidad del dominio y la tradicional perspectiva que considera la edificación como facultad inherente al mismo parecen enturbiar un panorama tan sencillo en apariencia, pero este problema tampoco suele alcanzar tintes de dramatismo porque los autores suelen abordar la cuestión desde la perspectiva de los grandes principios, polarizándose las distintas posiciones a lo largo de una cadena cuyos extremos vendrían representados por quienes entienden que la facultad edificatoria es inherente al dominio y los que consideran que el propietario es mero concesionario de la Administración <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Quizá hoy, una vez asumido que la urbanización de los terrenos aptos para incorporarse a la ciudad tiene interés social, hubiera que profundizar en la determinación de los supuestos en que ese interés social exigirá la expropiación de los propietarios, en lugar de aplicar alguno de los sistemas que permiten el mantenimiento de los mismos y la ejecución, por ellos o a su costa, de la obra urbanizadora. Este problema, que a nuestro juicio debería ser resuelto en una Ley estatal por afectar indudablemente a las condiciones básicas relativas al ejercicio del derecho de propiedad, se resolvía en el artículo 149 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992 incrementando la discrecionalidad de la Administración para optar por el sistema de expropiación, mientras el artículo 119.2 del Texto

Pero si la doctrina civilista ha podido evitar, en cierta medida, la penetración de las técnicas inexorablemente complejas a través de las cuales se expresa el ordenamiento urbanístico, los cultivadores del derecho hipotecario no han podido permitirse semejante opción porque los procesos urbanísticos suponen una sucesiva fase de definición de la posición jurídica de los propietarios frente a otros propietarios y frente a la Administración, y porque esa sucesiva definición tiene una trascendencia frente a terceros claramente expresada hoy en el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante TRLS de 1992), según el cual: «*La enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por la legislación urbanística aplicable o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos. El adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los derechos y deberes vinculados al proceso de urbanización y edificación, así como en los compromisos que, como consecuencia de dicho proceso, hubiere contraído con la Administración urbanística competente*».

Como se desprende del citado precepto con rango de Ley, y además de Ley básica a los efectos previstos en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución Española, la interrelación entre el ordenamiento urbanístico y el hipotecario, además de inevitable, difícilmente puede construirse desde una perspectiva unilateral, que se limite a exigir la rendición incondicional del primero frente a los principios hipotecarios. Tampoco es admisible soslayar el problema aduciendo que no hay colisión posible porque el Derecho urbanístico se expresa mediante limitaciones legales del dominio cuya publicidad es la propia de toda norma jurídica, y que por lo tanto no precisan de publicidad registral para ser eficaces frente a terceros —como dispone el art. 26 de la Ley Hipotecaria—: basta con leer atentamente el artículo 22 del TRLS de 1992 para comprobar que la subrogación se predica respecto de limitaciones y deberes impuestos no sólo por la Ley y los planes, sino también por los actos de ejecución de esa legislación, alcanzando incluso a unos compromisos adquiridos por los transmitentes que cada vez son más frecuentes ante el creciente interés que van adquiriendo los procedimientos de ejecución concertada con los particulares<sup>2</sup>.

---

Refundido de 1976 obligaba a dar preferencia a los sistemas que mantenían a los propietarios en la titularidad del suelo, salvo cuando razones de urgencia o necesidad exigieran la expropiación.

Curiosamente, el artículo 149 del TRLS de 1992 fue declarado inconstitucional por la STC 61/1997, pero sólo en atención a que había sido calificado como norma de derecho supletorio por la disposición final única del propio Texto Refundido, dado que el Alto Tribunal no se planteó si la calificación hecha por el legislador ordinario era conforme con el sistema de distribución competencial llevado a cabo por la Constitución Española.

<sup>2</sup> Como ejemplo del progresivo incremento de estos procedimientos, el lector puede consultar las modificaciones introducidas en los sistemas de actuación por la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, presentada en las páginas de Información Legislativa de este mismo volumen y comentadas por ELIZALDE Y AYMERICH y LÓPEZ FERNÁNDEZ.



Con todo, hay que reconocer que la articulación de ambos sistemas —urbanístico e hipotecario— resulta posible desde una perspectiva atenta a la consideración de que, en cierta medida, todas las actuaciones administrativas con incidencia en la situación jurídica de los propietarios gozan de una publicidad característica que se pone de manifiesto mediante el trámite habitual de información pública, y, sobre todo, mediante la previsión establecida hoy en el artículo 43.1 del TRLS de 1992<sup>3</sup>, según el cual «*Todo administrado tendrá derecho a que el Ayuntamiento le informe por escrito del régimen urbanístico aplicable a una finca, unidad de ejecución o sector*».

Si a esta posibilidad de conocimiento de la situación urbanística de una finca añadimos la especialísima acción rescisoria establecida hoy en el artículo 45 del propio TRLS de 1992<sup>4</sup> para los supuestos en que el transmitente incumpla los deberes de información establecidos en ese mismo precepto, evitando así los efectos de la subrogación proclamada por el artículo 22 del TRLS de 1992, habremos de convenir que la posición del adquirente no resulta tan precaria como podría parecer a primera vista.

Pero el hecho de que el adquirente esté avisado y protegido por otros medios no evita que resulte aconsejable reflejar en el folio registral determinados actos que constituyen hitos fundamentales en el sucesivo proceso de concreción que el Derecho de propiedad experimenta a través de los procesos urbanísticos. Esta consideración ha dado lugar a un concepto relativamente nuevo entre los autores que cultivan el derecho hipotecario: el de publicidad-noticia. Este concepto matiza los efectos de la publicidad registral, en la medida que no garantiza la inmunidad del tercero hipotecario con el mismo alcance que esta última forma de publicidad; sin embargo, y a pesar de lo que pudiera sugerir la denominación que ha adquirido fortuna, tampoco nos encontramos ante un mero anuncio que complementa las otras formas de avisar a los terceros acerca del proceso en marcha. Cada uno de los asientos previstos para reflejar los diversos actos administrativos con trascendencia para la situación del propietario tiene, en este sentido, un tratamiento específico y matizado. Pero si tuviéramos que mencionar un efecto general de todos ellos, podríamos afirmar que su práctica es una carga para la Administración. Y es una carga por una doble razón:

1.º Porque sin la práctica del asiento que avise a los terceros de la existencia de un proceso en curso con incidencia para la situación jurídica de los titulares de derechos reales sobre la parcela, el expediente en trámite puede hallarse viciado desde el momento en que irrumpa un ter-

---

<sup>3</sup> Considerado como legislación básica por la disposición final única del TRLS de 1992 y no afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

<sup>4</sup> Cuyos cuatro primeros párrafos eran considerados como legislación básica por la disposición final única del TRLS de 1992 y tampoco han sido afectados por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

cer adquirente de la propiedad o de otro derecho real sobre la finca. No olvidemos que la tramitación de esos procedimientos exige notificar a los propietarios y darles oportunidad de realizar alegaciones, y que el artículo 22 del TRLS de 1992 no subroga al adquirente solamente en las obligaciones y deberes del transmitente, sino en su completa situación jurídica. Como la Administración ha de tener por propietario, en primer lugar, a quien lo sea de acuerdo con el Registro de la Propiedad, según imponen los artículos 38 de la Ley Hipotecaria y artículo 3.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, la publicidad registral de esos procedimientos es determinante para el caso de que exista sucesión en las titularidades jurídico-reales a lo largo de su tramitación: si hay publicidad registral, el adquirente tiene la carga de personarse en el procedimiento, si no existe tal publicidad, pese a estar legalmente prevista, la Administración habrá de comprobar las titularidades registrales a lo largo de todo el proceso, para tener las actuaciones con los titulares que lo sean en cada fase.

2.º Además, la dejadez administrativa no se limita a posibilitar la alegación de indefensión ante la Jurisdicción Contenciosa —quizá excesivamente proclive a considerar la indefensión como un defecto subsanable cuando el «indefenso» ha podido formalizar el oportuno recurso—. El propio Registrador, al calificar el acto inscribible, podrá comprobar, al menos, si los trámites se han tenido con los titulares registrales<sup>5</sup>. En este sentido, si las actuaciones se tuvieron con el titular anterior y no existe publicidad, la Administración se arriesga a soportar una especial aplicación del principio de tracto sucesivo. El resultado será la denegación del acceso al Registro del resultado final de ese expediente, cosa especialmente traumática si tenemos en cuenta que ese acceso puede resultar indispensable (por citar algunos ejemplos: el acceso de la nueva configuración física y jurídica de las parcelas resultante de un proyecto de reparcelación o compensación, o bien la sumisión a expropiación o venta forzosa de un terreno como consecuencia de un expediente disciplinario tramitado contra su titular).

#### b) LAS NORMAS DE TRASCENDENCIA REGISTRAL EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

El establecimiento de normas especiales para regular la constancia registral de determinadas situaciones urbanísticas no puede calificarse en modo alguno de novedoso. Como es sabido, tanto la primera Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, como la Ley 19/1975, de 2 de mayo, reformadora de aquélla, pasando por el Reglamento de Reparcelaciones, aprobado por el Decreto 1006/1966, de 7 de abril, o el Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, contienen o contenían preceptos inequívocamente registrales. Incluso en la legislación aprobada por las Comunidades Autónomas en el

---

<sup>5</sup> Así lo dispone expresamente el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

ejercicio de sus competencias sobre Ordenación del Territorio y Urbanismo pueden encontrarse disposiciones de ese carácter, siempre amenazadas por la exclusividad de la competencia estatal en materia de ordenación de los registros.

Sin embargo, el principal problema de toda esa normativa fue siempre el de su dispersión y generalidad. En este sentido, resulta muy reveladora la redacción del artículo 221.1 del Texto Refundido de 1976, según el cual *«Los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria, según proceda, por acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, de oficio o a propuesta de la Corporación encargada de la urbanización»*.

La Ley 8/1990 marcará un trascendental hito en las relaciones Urbanismo-Registro al regular, en su disposición adicional 10.<sup>a</sup>, una detallada relación de actos inscribibles que concluía con una cláusula general, de acuerdo con la cual sería también inscribible en el Registro *«Cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas»*. Además encomendaba al Gobierno la aprobación de las modificaciones del Reglamento Hipotecario necesarias para el desarrollo de la citada disposición adicional. El contenido de esa disposición adicional se reproducirá luego en los artículos 307 a 310 del TRLS de 1992.

Pero a pesar de su importancia, las normas citadas no son las únicas contenidas en la Ley 8/1990 y en el TRLS de 1992 con trascendencia registral. Existen otras como las relativas a la declaración de obra nueva –art. 37.2 del TRLS de 1992–, parcelaciones –art. 259.3–, o acceso al registro de las transferencias de aprovechamientos urbanísticos –art. 198.1–, cuya trascendencia registral también es evidente.

## 2. EL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO

### a) ESTRUCTURA FORMAL

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística –en lo sucesivo NCRH–, viene a constituir el necesario desarrollo de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> de la Ley 8/1990 y de los artículos 307 a 310 del TRLS de 1992, y también de los preceptos que, como los citados en el epígrafe anterior, se hallan diseminados a lo largo de los referidos textos pese a su indudable trascendencia registral. En relación con la sistemática adoptada por el Ejecutivo nuestra primera crítica ha de

ser positiva, puesto que resultando posible la desagregación sistemática de sus normas a lo largo de todo el Reglamento Hipotecario y de acuerdo con la concreta materia regulada (modificaciones hipotecarias, declaración de obra nueva, anotaciones preventivas, etc.), se ha optado, en cambio, por aprobar unas normas complementarias que contemplen unitariamente el acceso al Registro de los actos de naturaleza urbanística, lo cual indudablemente facilitará su aplicación y conocimiento.

Dichas normas complementarias se desarrollan formalmente en un texto de 91 artículos, distribuidos a lo largo de ocho capítulos: el primero de ellos se dedica al establecimiento de una serie de disposiciones generales sobre los actos inscribibles, el título para la inscripción y los planos necesarios para el acceso al Registro de la Propiedad de los actos en cuestión, mientras que los capítulos restantes se ocupan, respectivamente, de la inscripción de los proyectos de equidistribución, las expropiaciones urbanísticas, la inscripción de las cesiones obligatorias, la inscripción del aprovechamiento urbanístico, la inscripción de las obras nuevas, las anotaciones preventivas dictadas en procedimiento administrativo de disciplina urbanística y las anotaciones preventivas ordenadas en proceso contencioso-administrativo.

#### b) ASPECTOS DE LAS NCRH QUE SERÁN OBJETO DE COMENTARIO

Entre todos los actos inscribibles regulados por las NCRH vamos a limitar nuestro comentario a tres que estimamos de especial interés, tanto por su relación con el Derecho privado como por las cuestiones que plantea el desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Ejecutivo: las transferencias de aprovechamientos urbanísticos, los expedientes de equidistribución y la declaración de obra nueva. Pero además, y para agravar el carácter necesariamente fragmentario de nuestro trabajo, nos concentraremos en aquellos aspectos concretos del desarrollo reglamentario de las citadas materias que consideramos más conflictivos.

#### c) INFLUENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO, EN LAS CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO

Aunque, como ya hemos dicho con anterioridad, las NCRH vienen a desarrollar preceptos del TRLS de 1992 de carácter registral, y por lo tanto amparados en la competencia relativa a la ordenación de los registros e instrumentos públicos que el artículo 149.1.8.º de la Constitución Española atribuye al Estado con carácter exclusivo, el planteamiento de esta cuestión no es ocioso. Y no lo es porque la regulación relativa a la inscripción de un acto implica siempre un juicio previo acerca de la legalidad en abstracto de ese acto, viniendo por lo tanto a desarrollar e interpretar, de una determinada manera, las normas reguladoras de su producción, aunque sea exclusivamente a los efectos de admitir o denegar su reflejo registral.

En consecuencia, al comentar la regulación llevada a cabo por las NCRH habremos de referirnos continuamente a los preceptos en los cuales se contiene la regulación sustantiva de los actos sujetos a inscripción, pudiendo surgir el problema de que esa regulación sí haya sido afectada por la citada STC 61/1997. Este problema se planteará especialmente al analizar la regulación de las NCRH relativa a los expedientes de equidistribución y las transferencias de aprovechamientos urbanísticos (en lo sucesivo TAUS), porque la regulación sustantiva que el TRLS establecía en relación con esas materias ha sido declarada inconstitucional por la citada sentencia, en aplicación del curioso criterio mantenido por el Alto Tribunal acerca del derecho supletorio estatal, que impide su modificación a partir del momento en el cual la competencia legislativa sobre la materia correspondiente haya sido asumida por las Comunidades Autónomas con el carácter de exclusiva.

El principal problema que dicha sentencia nos plantea es el de elegir el conjunto normativo en el cual vamos a apoyarnos para comentar las soluciones adoptadas en las NCRH. Estando en franca minoría las Comunidades que tenían legislación urbanística propia al producirse la citada sentencia <sup>6</sup>, parece que lo razonable es citar los preceptos del derecho supletorio estatal, sin perjuicio de aludir a las especialidades que puede presentar la regulación autonómica en cuanto puedan afectar a la cuestión que estamos abordando, y puesto que estamos de acuerdo con Jiménez de Cisneros-Cid en que *«El resultado práctico al que se llega, tras esta declaración de inconstitucionalidad, es a confirmar que el Texto Refundido de 1976 nunca dejó de estar vigente desde su promulgación, salvo los artículos afectados por las sucesivas modificaciones legislativas estatales, siempre que éstas se efectuaran dentro del ámbito competencial reservado al Estado»* <sup>7</sup>, serían los preceptos de la mencionada norma los que habríamos de citar.

Sin embargo, en el momento de escribir estas líneas ya son tres las Comunidades Autónomas que, habiendo aceptado que en su ámbito territorial se aplicara la regulación contenida en la Ley 8/1990 y en el Texto Refundido de 1992 por la vía de no establecer una propia, y enfrentándose a la realidad de unos planes aprobados de acuerdo con esos preceptos y en fase de ejecución, han procedido a establecer la vigencia de los preceptos declarados inconstitucionales del Texto Refundido de 1992 mediante Ley autonómica, en algunos casos con carácter retroactivo mientras la comunidad de Castilla y León, mediante la Ley 9/1997, de 13 de octubre, y Galicia, a través de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, establecen una regulación

---

<sup>6</sup> Siguiendo el trabajo de JIMÉNEZ DE CISNEROS-CID: «Las técnicas urbanísticas de equidistribución y la doctrina del Tribunal Constitucional. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre el planeamiento adaptado al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992», publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 153, pp. 73-106, podemos decir que esas Comunidades eran Navarra, Valencia, Galicia, País Vasco, Madrid, Canarias y Cataluña.

<sup>7</sup> En ob. cit., p. 85.

propia que presenta numerosas concordancias con la contenida en el Texto Refundido de 1992 y declara inconstitucional por la STC 61/1997<sup>8</sup>. Con independencia de la conformidad entre este modo de proceder y el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución –y que no nos corresponde enjuiciar a nosotros sino, en su caso, al mismo Tribunal que originó la necesidad de que estas Leyes autonómicas fueran promulgadas–, hemos decidido apoyarnos en los preceptos del TRLS de 1992, sin perjuicio de advertir al lector de las diferencias existentes entre dicha regulación y la observada por el Texto Refundido de 1976, o por las Leyes autonómicas en el caso de que existan y tengan trascendencia para lo que se esté diciendo. Por otro lado, el hecho de que el Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (en lo sucesivo RGU), siga en buena medida vigente, nos permitirá remitirnos también al mencionado precepto reglamentario.

### **3. INSCRIPCIÓN DE LOS PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN**

#### **a) CONCEPTO DE PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN**

Como es sabido, la ejecución de los planes urbanísticos implica la necesidad de adaptar la estructura parcelaria de la unidad superficial en la cual va a actuarse a la prevista en aquéllos, distribuyendo las parcelas de resultado entre los propietarios de las parcelas iniciales y la Administración, según la cuantía de los respectivos derechos de cada uno de estos sujetos, y liberando los suelos destinados a usos dotacionales, que pasarán a adscribirse a la Administración para la efectiva implantación de aquéllos.

Los proyectos equidistributivos son los instrumentos jurídicos a través de los cuales se lleva a cabo esta reconfiguración de la estructura dominical. Estos proyectos precisan siempre de aprobación administrativa, pero la redacción puede corresponder a la Administración o a los propietarios, con mayor o menor protagonismo de éstos dependiendo de la legislación aplicable y el sistema de ejecución elegido para actuar<sup>9</sup>. La diferencia de nomenclatura también alude al sistema elegido, puesto que cuando se actúa

---

<sup>8</sup> Se trata de la Ley de la Asamblea Regional de Cantabria 1/1997, de 25 de abril, de Medidas Urgentes en Materia de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, de la Ley del Parlamento de Andalucía 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen de suelo y ordenación urbana, y de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 5/1997, de 10 de julio, de Suelo y Urbanismo, medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana, si bien en este último caso se ha procedido a la aprobación de un texto dividido en artículos que reproducen los del Texto Refundido de 1992, pero con una numeración diferente.

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, si se actúa por el sistema de cooperación, el artículo 165.4 del TRLS de 1992 prevé que el proyecto de reparcelación pueda formularse por los dos tercios de los propietarios interesados que representen como mínimo el 80 por 100 de la superficie reparcelable –aunque la Administración pueda asumir el presentado por algún interesado sin que concurren esas circunstancias, según el artículo 165.7–. Sin embargo, el

por cooperación –los propietarios costean la obra urbanizadora y la Administración la ejecuta– el proyecto se denomina de reparcelación, mientras que si el sistema elegido es el de compensación –los propietarios ejecutan materialmente la obra urbanizadora constituidos en Junta de Compensación– el proyecto, aun cuando materialmente también exista actividad reparcelatoria, adopta la misma denominación que el sistema.

b) LA NOTA MARGINAL DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EQUIDISTRIBUTIVO CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 5 DE LAS NCRH

De acuerdo con el apartado número 1 del citado precepto *«A requerimiento de la Administración o de la entidad urbanística actuante, así como de cualquiera otra persona o entidad que resulte autorizada por la legislación autonómica aplicable, el Registrador practicará la nota al margen de cada finca afectada, expresando la iniciación del procedimiento y expedirá, haciéndolo constar en la nota, certificación de dominio y cargas.*

*En la solicitud constará la finca, porciones o derechos de aprovechamiento, afectados a la unidad de ejecución.*

*Cuando se trate de unidades sujetas al sistema de compensación, para la práctica de la nota marginal citada bastará que haya sido otorgada la escritura pública de constitución de la entidad».*

b1) *Alcance de la afección publicada por la nota del artículo 5 de las NCRH*

El artículo 5 de las NCRH viene a desarrollar lo dispuesto en el artículo 310.1 del TRLS de 1992 –no afectado por la STC 61/1997–, según el cual *«La iniciación del expediente de reparcelación o la afección de los terrenos comprendidos en una unidad de ejecución al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación, se harán constar en el registro por nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas correspondientes».*

Como puede observarse, el TRLS de 1992 parece establecer dos supuestos de hecho diversos como objeto de publicidad: la iniciación del expediente de reparcelación, cuando nos encontremos ante el sistema de cooperación, y la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación, cuando éste sea el mecanismo jurídico elegido para ejecutar el planeamiento.

---

artículo 100 de la Ley 1/1997, del Suelo de Galicia, atribuye esa iniciativa a los propietarios que representen, al menos, el 25 por 100 de la unidad reparcelable. Si el sistema elegido fuera el de compensación, el proyecto de compensación ha de redactarlo la Junta, con arreglo a los Estatutos y Bases de Actuación previamente aprobados, pudiendo incluso prescindirse de los criterios legales sobre valoración de fincas aportadas y adjudicación de las de resultado, si existe acuerdo unánime de todos los afectados que no sea contrario a la Ley o lesivo para el interés público o de terceros –art. 157.3 del TRLS de 1992.

Esta diferencia la recoge el TRLS de 1992 de la redacción dada a los artículos 102 y 169 del RGU, derogados ambos por el Real Decreto 1093/1997<sup>10</sup>, y en los cuales no sólo se contemplaban dos situaciones distintas como objeto de publicidad, sino también dos notas diferentes, llamadas a reflejar cada una de esas dos situaciones. Además, esta diversificación resultaba muy razonable porque cuando el sistema elegido para la ejecución del plan es el de compensación, la constitución de la Junta conlleva unas consecuencias que cualifican el significado del término «afección», ya que la Junta se constituye con arreglo a unos Estatutos y Bases aprobados previamente por la Administración, los cuales, entre otros trascendentales aspectos, contendrán los criterios de adjudicación de las parcelas resultantes y los «compromisos» asumidos por la Junta en orden a la ejecución de la obra urbanizadora. Además, al destacar las peculiaridades planteadas por la afección de las parcelas cuando el sistema elegido es el de compensación no pueden olvidarse las facultades «fiduciarias» atribuidas por la normativa urbanística a la Junta de Compensación para posibilitar la ejecución de la mencionada obra<sup>11</sup>.

Resumiendo, podríamos decir que en derecho urbanístico el término «afección» o «afectación», cuando se refiere a las parcelas originarias, se suele reservar para el sistema de compensación, hablándose más concretamente de «afectación de las parcelas aportadas» para diferenciar esa afección de la que, como consecuencia de la aprobación del proyecto de compensación, gravará a las parcelas de resultado y también por que<sup>12</sup>,

---

<sup>10</sup> En cuya exposición derogatoria única se establece que: «Quedan derogadas todas las disposiciones contenidas en el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, en cuanto se refieran al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Asimismo, quedan derogadas todas las disposiciones del Reglamento de Parcelaciones y Reparcelaciones del Suelo afectado por Planes de Ordenación Urbana, de 7 de abril de 1966, y del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, declarados en vigor por el Real Decreto 304/1993, de 23 de febrero, en cuanto contengan referencias al Registro de la Propiedad».

<sup>11</sup> El alcance concreto de la afección, cuando el sistema elegido para ejecutar el planeamiento es el de Compensación, resulta, por lo tanto de la composición de dos coordenadas: las denominadas «facultades fiduciarias de la Junta» y, la subrogación *ex lege* del adquirente en la posición jurídica del transmitente, contemplada por el artículo 22 del TRLS de 1992. En concreto, esas facultades fiduciarias se extienden a los siguientes aspectos:

1.º La Junta puede ocupar materialmente los terrenos necesarios para la ejecución de la obra urbanizadora (arts. 177.4 y 185 RGU).

2.º También puede concertar créditos con garantía hipotecaria de las fincas pertenecientes a los propietarios (art. 177.2 RGU).

3.º Las fincas de los propietarios están sometidas a embargo por las obligaciones contraídas e incumplidas por la Junta (siempre que la constitución de la Junta se haya hecho constar en el Registro de la Propiedad, como luego veremos).

4.º La Junta dispone de las parcelas en el ámbito interno mediante el proyecto de compensación, de conformidad con los Estatutos y Bases previamente aprobados.

5.º Además, en el proyecto la Junta pueden reservarse determinados terrenos para enajenarlos con el fin de hacer frente a los gastos de urbanización (arts. 172.d y 177.1 RGU).

6.º En las Bases se puede autorizar a la Junta para edificar (art. 167.1.i RGU).

<sup>12</sup> Como destaca GONZÁLEZ SALINAS, en: *Sistema de Compensación y Terceros Adquirentes de Suelo*, Madrid, 1987, p. 85.



la incorporación de los propietarios a la Junta conlleva la de sus terrenos sin necesaria transmisión patrimonial. Ahora, según el artículo 5 de las NCRH hay que entender que el término «finca afectada» refiere esa afectación al resultado de la tramitación de un procedimiento equidistributivo –que será un proyecto de reparcelación o compensación, según el sistema elegido para ejecutar.

b2) *Momento a partir del cual puede practicarse la nota marginal cuando se actúa por compensación*

Por otro lado, la diferencia entre la nota prevista para hacer constar la iniciación del expediente de reparcelación y la establecida para reflejar la afección de los terrenos a las obligaciones derivadas del sistema de compensación también se refiere al momento procedimental en que las respectivas notas pueden practicarse.

En el sistema de cooperación, la iniciación del expediente equidistributivo –proyecto de reparcelación– se produce por el acto administrativo que aprueba la delimitación del polígono y establece el sistema de cooperación para ejecutar la obra urbanizadora; por tanto desde ese mismo momento puede practicarse la nota llamada a publicar, simultáneamente, todos esos efectos.

Sin embargo, en el sistema de compensación todo es más complicado: la publicidad se refiere a la afección de las fincas al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema, y la nota no podía practicarse –en el sistema del RGU– hasta que la Junta se hubiera constituido, ya que el artículo 169.2 del mencionado texto reglamentario exigía que a la correspondiente solicitud se acompañara certificación administrativa acreditativa de dicha circunstancia. Pero antes de que la Junta se constituya se producen una serie de actuaciones de interés relevante para la situación jurídica de los titulares de derechos reales sobre las fincas: la propia delimitación de la unidad de ejecución y la elección del sistema, la presentación –dentro del plazo legalmente establecido– de unos Estatutos y Bases de Actuación, y la eventual aprobación administrativa de esos Estatutos y Bases<sup>13</sup>. Todas esas actuaciones quedaban, por tanto, al margen de la publicidad registral –aunque se trate de una mera publicidad-noticia.

Para evitar esa ausencia de reflejo registral se defendía la posibilidad de practicar la nota prevista para hacer constar la iniciación del

---

<sup>13</sup> Ídem, cit., p. 264: «es precisamente en la tramitación de la Junta de Compensación cuando mayor importancia adquiere una nota marginal de tales características, ya que –salvo los compromisos que pudieran haberse asumido por los promotores al respecto– no se prevé punto de referencia alguno a partir del cual pueda prescindirse de los cambios de titularidad» (se refiere a que la Administración habrá de estar al tanto de esos cambios durante toda esa tramitación previa, para notificar a los que sean titulares en cada momento, sin poder tener el apoyo de una nota que permita imponer a los adquirentes la carga de personarse en el proceso).

expediente de reparcelación, incluso en los casos en que el sistema elegido para actuar fuera el de compensación; luego, una vez constituida la Junta, se practicaría la otra nota, acreditando así la especial afección derivada del sistema elegido y de la existencia de dicha Junta<sup>14</sup>. Para defender esta solución bastaba con destacar que en el sistema de compensación también existe una actividad reparcelatoria, en tanto se procede a la redistribución material de las parcelas resultantes entre los dueños de las iniciales, que la proximidad entre ambos sistemas justificaba la aplicación analógica de las normas relativas a la reparcelación también en este punto<sup>15</sup>, y que la excepción contemplada en el artículo 165.1 del TRLS de 1992<sup>16</sup> ha de entenderse referida únicamente a la innecesariedad de que la Administración tramite un expediente de reparcelación, habida cuenta de que el proyecto de compensación surtirá los efectos propios de aquél<sup>17</sup>.

Sin embargo, ahora la redacción del artículo 5 de las NCRH se expresa en términos rotundamente incompatibles con tal posibilidad interpretativa: sólo hay una nota y esa nota refleja una misma circunstancia: la tramitación de un expediente equidistributivo –proyecto de reparcelación o de compensación, según los casos– y la afección de la parcela al resultado de ese expediente. El requisito de que exista escritura de constitución de la Junta, cuando se actúe por compensación, supone que las NCRH asumen que la publicidad de los trámites previos no tiene que articularse a través del Registro.

Pero la mencionada redacción tiene otra consecuencia importante, ya que para la práctica de la nota, cuando se actúe por compensación, es suficiente que la escritura de constitución haya sido otorgada, no exigiéndose ya que a la solicitud se aporte certificación administrativa de haber quedado constituida, como establecía el artículo 169.2 del RGU que ha de entenderse derogado en este punto por el Real Decreto 1093/1997. Con ello, las NCRH asumen la opinión doctrinal proclive

---

<sup>14</sup> El citado GONZÁLEZ SALINAS se inclinaba por esta opción en *Sistema de Compensación...*, cit., p. 264.

<sup>15</sup> En este sentido, expresando la opinión absolutamente mayoritaria de la Doctrina, vid. DEL POZO CARRASCOSA: *El sistema de Compensación Urbanística*, Madrid 1993, p. 39.

<sup>16</sup> Según el cual:

«El expediente de reparcelación se entenderá iniciado al aprobarse la delimitación del polígono o unidad de actuación, excepto en los casos siguientes:

a) Que la reparcelación se haya tramitado y aprobado conjuntamente con dicha aprobación.

b) Que se haya aprobado expresamente la actuación por el sistema de expropiación o sea innecesaria en virtud del acuerdo aprobatorio en el sistema de compensación».

El artículo 98.1 del TRLS de 1976 se expresaba en análogos términos.

<sup>17</sup> Como destacan GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO, en *Lecciones de Derecho Urbanístico*, p. 449, «El sistema de compensación no excluye la reparcelación, sino sólo la aplicación del régimen específico de ésta (requisitos y procedimiento), por verificarse materialmente la misma a través de los cauces específicos de la compensación en que consiste dicho sistema».

a otorgar esa eficacia constitutiva a la escritura pública y negársela a la posterior aprobación administrativa de la misma<sup>18</sup>.

b3) *La nota marginal de iniciación del procedimiento y la inscripción del expediente equidistributivo*

Al unificar las dos notas previstas en el RGU, puede decirse que el artículo 5 de las NCRH ha resuelto el problema que planteaba la redacción de los artículos 102 y 169 del RGU. Como es sabido, la remisión hecha en el último de los preceptos a los efectos que señalaba el primero de ellos, hizo surgir la duda acerca de si la nota del artículo 169 sólo produciría efectos en relación con los sujetos que habían de ser notificados para la posterior inscripción del expediente equidistributivo<sup>19</sup>, o si, además, podía producir otros, y más concretamente los propios de la fe pública registral<sup>20</sup>.

Como sólo hay una nota, parece lógico entender que sólo pueden existir unos efectos, que son, principalmente, los relativos a la posterior inscripción del proyecto equidistributivo<sup>21</sup>. Siguiendo la regulación de los artículos 14 y siguientes de las NCRH, que constituyen el desarrollo reglamentario del artículo 310.4 del TRLS de 1992, podemos establecer las siguientes conclusiones en relación con los mismos:

– *Si el título equidistributivo otorga las fincas resultantes a los titulares registrales de las fincas de origen, según los asientos vigentes en el momento de la presentación del mismo en el Registro, no existe problema para la inscripción. Así se deduce de la redacción dada al artículo 310.4.a) del TRLS y 14.1 de las NCRH. Además, parece lógico entender que esa inscripción podrá verificarse tanto si la nota se había practicado como si no, y que una vez notificado el titular registral y adjudicada al mismo la finca de resultado, la falta de dicha nota no constituye obstáculo para la inscripción del proyecto –en todo caso, podrá practicarse de manera simultánea a la mencionada inscripción.*

– *Si el título equidistributivo adjudica las parcelas de resultado a quienes eran titulares registrales en el momento de practicarse la nota, o a titulares registrales posteriores pero que hubieran dejado de serlo en el*

<sup>18</sup> En este sentido, por ejemplo, DEL POZO CARRASCOSA en *El sistema de compensación urbanística*, cit., p. 68, citando el trabajo de MARTÍN BLANCO: *La compensación urbanística (Principio y sistema)*, Madrid, 1985.

<sup>19</sup> De acuerdo con el artículo 102.3 del RGU: «Los interesados que hagan constar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. No obstante, si se personaren en el mismo, seguirán con ellos las sucesivas actuaciones».

<sup>20</sup> Para una visión panorámica de las diversas posiciones doctrinales en torno a esta cuestión, puede consultarse el trabajo de GONZÁLEZ SALINAS *Sistema de Compensación...*, cit., pp. 189-191, y la bibliografía allí citada.

<sup>21</sup> Aun cuando ha de destacarse la RDGR y N de 12 de enero de 1984, según la cual esa inscripción, cuando del Sistema de Compensación se trata, es imprescindible para poder anotar los embargos dirigidos contra la Junta en los folios correspondientes a las parcelas afectadas por la actuación.

*momento de inscribir dicho título*, el principal efecto de la nota marginal contemplada en el artículo 5, como antes lo fuera el de las establecidas en los artículos 102 y 169 del RGU, consiste en posibilitar la inscripción en favor del adjudicatario según dicho proyecto. Así se dispone en los artículos 310.4.b) del TRLS de 1992 y 14, apartados 2 y 3, de las NCRH.

Ahora bien, en este caso se produce la llamada «cancelación formal» respecto de las inscripciones de dominio y cargas efectuadas con posterioridad a la fecha de la nota o a la de la inscripción del titular adjudicatario, cualquiera que fuera la fecha del título en cuya virtud se hubieran practicado. En tales casos la existencia de los asientos cancelados en la finca de origen habrá de hacerse constar por nota al margen de la inscripción de la finca de resultado –art. 310.4.c) TRLS de 1992 y 16 NCRH–; además, la «vida registral» de la finca de resultado se paraliza, ya que no puede practicarse asiento alguno sobre ella hasta que se produzca la previsible inscripción en favor de los adquirentes de la originaria, cuyos derechos han sido formalmente cancelados –arts. 310.4.d) TRLS de 1992 y 17.4 NCRH.

Esa inscripción de los derechos objeto de cancelación formal, sólo podía llevarse a cabo –en el esquema del TRLS de 1992– presentando nuevamente los títulos que originaron los asientos cancelados con las rectificaciones procedentes, mediando el consentimiento para la rectificación del titular registral y de los titulares de derechos objeto de cancelación formal.

Dada la complejidad de los procedimientos reparcelatorios, donde al titular de una o varias parcelas originarias se le pueden atribuir una o varias de resultado, y donde además la descripción de las parcelas originarias de por sí difícil de identificar con la existente en el Registro, puede modificarse por medio del propio proyecto equidistributivo –arts. 310.5 TRLS de 1992 y 8 NCRH–, es lógico que se establezcan esas cautelas.

Precisamente esta consideración de la finalidad y espíritu que inspiran la redacción del precepto legal es lo que justifica la solución adoptada por el artículo 17.2 de las NCRH, que permite inscribir los derechos cancelados mediante dos mecanismos adicionales que prescinden del consentimiento del titular registral: el acuerdo firme de la Administración, adoptado a instancia de todos o alguno de los titulares de esos derechos cancelados y notificado al titular registral, o, incluso, la mera instancia del titular del derecho cancelado, si la correspondencia entre la finca originaria y la de resultado se dedujera directamente de los asientos del Registro<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Las cautelas establecidas en el TRLS de 1992 en el tratamiento de lo que puede ser una simple omisión administrativa o del adquirente de la parcela en trámite de equidistribución que no se persona en el expediente, está sobradamente justificada: pensemos que Juan es titular de tres parcelas originarias y vende una a Pedro, que inscribe; si luego Pedro no aparece como adjudicatario de ninguna parcela de resultado y Juan es adjudicatario de cuatro, ¿quién sabe cuál de esas cuatro es la que ha de inscribirse a nombre de Pedro? Es cierto que la Administración ha de establecer la correspondencia entre las fincas de origen y las de resultado –así lo dispone el artículo 7.4 de las NCRH–, pero ¿y si la correspondencia se establece globalmente –cuatro de resultado por tres de origen–, o si la descripción de la finca de origen induce a alguna duda al Registrador? Todas esas consideraciones, muy frecuentes en los complejos procedimientos reparcelatorios, unidas al hecho

– ¿Y si el proyecto equidistributivo adjudica la parcela de resultado a un sujeto distinto de los contemplados en el artículo 14 de las NCRH?: La regla, en tal caso, se contempla en el apartado número 5 del artículo 9 de las NCRH, del cual se deduce que la Administración nunca puede hacer eso sin que se produzca la denegación de la inscripción del proyecto: o aplica alguno de los mecanismos establecidos por los restantes apartados del citado artículo para reanudar el tracto sucesivo interrumpido en la finca originaria –cuando la misma constare inscrita a favor de persona distinta de quien justificare en el expediente mejor derecho de propiedad–, o bien ha de adjudicar la finca o fincas de resultado al titular registral de las de origen, aún haciendo constar en el título inscribible que el expediente se ha entendido con persona distinta, debiendo en tal caso inscribir el Registrador sin indicación alguna de la posible contradicción.

En cuanto a los procedimientos establecidos por los apartados 1 a 4 de las NCRH, y que la Administración ha de seguir durante la tramitación del proyecto para que el mismo pueda tener la virtualidad reanudadora del tracto que proclama el artículo 310.5 del TRLS de 1992, podemos decir que se encuentran inspirados en las soluciones establecidas en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria. Pueden ser sustanciados por Notario competente para actuar en el Distrito donde se sitúe la finca –a instancia de su titular y con los requisitos establecidos por el artículo 9.6 de las NCRH–, o por la Administración actuante, previéndose, en este último caso, que el órgano actuante, la Junta de Compensación, o la entidad competente para la ejecución de la unidad, puedan solicitar la expedición de las copias de títulos intermedios que sean necesarias, o llevar a cabo las actuaciones oportunas con el titular registral y, en su caso, con el Ministerio Fiscal, cuando la reanudación no pueda operarse mediante la simple inscripción de los títulos intermedios.

c) RÉGIMEN DE LAS TITULARIDADES LIMITADAS Y DE LOS DERECHOS Y GRAVÁMENES INSCRITOS SOBRE LAS FINCAS DE ORIGEN

c1) *La compleja regulación anterior al TRLS de 1992 y a las NCRH*<sup>23</sup>

El artículo 100.1.b) del TRLS de 1976 contemplaba, como uno de los efectos del acuerdo aprobatorio de la reparcelación, el de la «Subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas».

de que la propia aprobación definitiva del proyecto es título suficiente para inmatricular fincas de origen, rectificar su descripción o modificar su configuración –arts. 310.5 del TRLS de 1992 y 8 de las NCRH– inducen a aplaudir la regla general, pero también las excepciones contempladas en los apartados 2 y 3 del artículo 17 de las NCRH.

<sup>23</sup> En relación con estos aspectos se recomienda la consulta de los trabajos de GARCÍA GARCÍA: «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», primera parte, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», noviembre-diciembre de 1984, y RODRIGO MORENO: «Incidencia de las cargas sobre los terrenos que son objeto de reparcelación o compensación», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 114, pp. 103-112.

El mismo efecto cabía predicar de la aprobación del proyecto de compensación, tanto por la analogía existente entre ambos sistemas de actuación como por la remisión expresa llevada a cabo por el artículo 174.4 del RGU. Por lo tanto, la regla establecida por el TRLS de 1976 es que las cargas y gravámenes se mantienen pese al cambio del objeto sobre el que recaen, y siempre, claro está, que la adjudicación sea de parcela o parcelas de resultado por parcela o parcelas originarias.

Por su parte, el artículo 101.3 del propio TRLS de 1976 contemplaba la posibilidad de que alguna carga resultara incompatible con la nueva situación o característica de la finca. En tal caso el Registrador debía limitarse a hacer constar tal circunstancia en el asiento practicado al trasladar la carga a la parcela de resultado, y las partes interesadas podían acudir al Juzgado competente (Juez civil), para solicitar la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de las cargas o gravámenes, y, en este último supuesto, su transformación en un crédito por la cuantía en que la carga fuera justipreciada y garantizado mediante hipoteca constituida sobre la finca de resultado.

Sin embargo, el RGU vino a «enriquecer» las alternativas planteadas por el TR de 1976 estableciendo el siguiente panorama:

1.º Supuestos en los cuales las cargas de la parcela originaria se extinguen en virtud del acuerdo aprobatorio del proyecto equidistributivo por *no operar el principio de subrogación real* (art. 123.3 RGU). Son los siguientes:

- Cuando no exista una exacta correspondencia entre las fincas adjudicadas y las antiguas (art. 122.3 RGU).
- En los casos de adjudicación pro indiviso o con modificación sustancial de las condiciones de la primitiva titularidad (art. 123.4 RGU).

2.º Supuestos en que aún operando el principio de subrogación real, por no concurrir ninguna de las causas mencionadas con anterioridad, las cargas también han de extinguirse en virtud del acuerdo por resultar *incompatibles con el planeamiento* (art. 122.2 *in fine* del RGU), o con su ejecución (art. 99, en relación con el 98 del RGU). En estos casos, y de acuerdo con el artículo 123.1 del RGU, el acuerdo había de declarar la incompatibilidad y fijar la indemnización correspondiente (parece que con cargo al proyecto, según los arts. 98 y 99 RGU).

3.º Supuestos en los cuales no se excluye la aplicación del principio de subrogación real y tampoco existe incompatibilidad con el planeamiento o su ejecución, pero la carga resulta incompatible con la nueva situación o característica de la finca de resultado. Estos casos habían de resolverse aplicando la mecánica establecida en el artículo 101.3 del TR de 1976: la carga no se extinguía en virtud del acuerdo y el Registrador la trasladaba a la finca de resultado, haciendo constar la incompatibilidad en el asiento correspondiente a los efectos previstos en el citado artículo.

Los problemas más relevantes en relación con el tema que nos ocupa eran los siguientes:

1. *Qué había de entenderse por «exacta correspondencia» entre fincas originarias y adjudicadas.* Este concepto es fundamental para determinar si las cargas pasan a la parcela de resultado por subrogación real o si han de extinguirse como consecuencia de la aprobación del proyecto. Sin embargo, esa correspondencia podía significar al menos estas tres cosas<sup>24</sup>:

a) Correspondencia como mera expresión de cuál es la parcela originaria en virtud de cuya titularidad se adjudica la parcela o parcelas de resultado.

b) Correspondencia de valor entre parcela originaria y de resultado, de modo que el aprovechamiento edificable en esta última se corresponda exactamente con el valor atribuido a la parcela originaria (no concurriría cuando existieran compensaciones en metálico por diferencias de adjudicación).

c) Correspondencia física entre la parcela originaria y la de resultado, de manera que sólo se mantendrían las cargas cuando la parcela adjudicada fuera la misma parcela originaria<sup>25</sup>, aun con alguna modificación de linderos de escasa entidad.

Predomina entre los autores la interpretación de que la correspondencia no es una correspondencia física sino de valor. No obstante, la falta de una exacta correspondencia de valor, manifestada por la existencia de compensaciones a metálico, tampoco plantea obstáculos en la práctica para el traslado de las cargas a la finca de resultado. Entre otras cosas porque los eventuales perjudicados, además de poder exigir la parte que les corresponda en la indemnización correspondiente a la diferencia de adjudicación, o su afección a la misma finalidad de garantía que cumplía la parte de parcela originaria que no se compensa con la parcela de resultado, se verán compensados sobradamente con la plusvalía derivada de la nueva calificación de las parcelas y la actividad urbanística desarrollada a costa del propietario.

2. *Concurriendo los requisitos para que opere la subrogación real, en qué supuestos no procede el traslado puro y simple de la carga,* diferenciando los casos en que proceda la extinción de la misma en virtud del acuerdo, con fijación de la indemnización que corresponda, de aquellos otros en los cuales la carga debe trasladarse, pero haciendo constar su incompatibilidad con la situación y características de la finca adjudicada y dejando a los interesados que lleguen a un acuerdo o acudan a la

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión *vid.* GARCÍA GARCÍA: «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», primera parte, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1984, y DEL POZO CARRASCOSA, en *El sistema de compensación urbanística*, ob. cit., p. 138.

<sup>25</sup> Lo cual, según DEL POZO CARRASCOSA: ob. cit., pp. 138 y 139, no impide hablar de «adjudicación».

jurisdicción ordinaria para litigar sobre la procedencia de esa incompatibilidad y la eventual transformación de la carga en un crédito garantizado con hipoteca sobre la parcela gravada.

c2) *Regulación actual: El artículo 168 del TR de 1992 y los artículos 11 y 12 de las NCRH*

En relación con los problemas apuntados, los citados textos permiten sugerir las siguientes soluciones:

1. En cuanto a los supuestos en los cuales las cargas han de extinguirse, por no ser aplicable la subrogación real, el problema relativo a lo que pueda entenderse por «exacta correspondencia» sigue sin resolver: el artículo 167.b) del TRLS de 1992 estableció, como efecto de la reparcelación, la «*Subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas, siempre que quede establecida su correspondencia*»<sup>26</sup>.

Sin embargo, las NCRH establecen, en su artículo 11.2, una norma que, prescindiendo de cualquier alusión a la existencia de correspondencia y a su determinación, impone, como regla general, la traslación de oficio por subrogación real a la parcela o parcelas de resultado de todas las titularidades, derechos y cargas existentes sobre las parcelas originarias y que no fueran declaradas expresamente incompatibles con las determinaciones del planeamiento<sup>27</sup>.

Nada establece la norma acerca del tratamiento dispensable a los supuestos de indemnización económica sustitutoria de la adjudicación de una finca de resultado, caso extremo en el cual la traslación de las cargas no es posible, ni, como luego veremos, de la adjudicación de una finca de resultado en pro indiviso a varios titulares de fincas originarias, o con modificaciones sustanciales de la primitiva titularidad, casos estos últimos contemplados por el artículo 122.4 del RGU como excepciones al principio de subrogación real. La pregunta resulta, entonces, evidente: ¿puede la Administración establecer que en tales casos la carga ha de extinguirse y su titular ser indemnizado, pero no porque la carga sea incompatible con el planeamiento, sino por la imposibilidad de que opere

---

<sup>26</sup> En relación con este precepto hay que destacar que, ha sido «resucitado» por las Leyes autonómicas de Andalucía y Cantabria, y transcrito en las de Castilla-La Mancha y Galicia, viniendo a reiterar el contenido del artículo 122.1 del RGU. Además fue declarado inconstitucional por vincular el efecto subrogatorio a un determinado momento procedimental, pero no porque el Estado carezca de competencia para regular los efectos civiles de un expediente equidistributivo (STC 61/1997, fundamento jurídico 28).

<sup>27</sup> Bastará para ello, sin perjuicio de las especialidades establecidas en los párrafos 4 a 6 del artículo 11, que el proyecto las mencione. Si esas cargas no se mencionan en el proyecto equidistributivo y han sido inscritas con posterioridad a la práctica de la nota de iniciación del expediente se aplica la cancelación formal, contemplada en el artículo 15 de las NCRH y a la cual nos referimos con anterioridad: se paraliza la «vida registral» de la finca hasta que se proceda a la rectificación prevista en el artículo 17 del propio texto reglamentario en la forma comentada al estudiar los efectos de dicha nota. Si no se mencionaron y fueron inscritas con anterioridad, el expediente no puede inscribirse sin subsanar el defecto y notificar, en su caso, al titular de la carga.



la subrogación real, o habrá de declarar la carga como incompatible con el planeamiento, entendiendo que ese término incluye la concreta modalidad elegida para la ejecución del mismo y que pasa, en el caso concreto, por la indemnización en metálico o atribución de pro indivisos?

Para la resolución de los conflictos que pudieran plantearse entre el propietario y los titulares de cargas como consecuencia de la traslación de gravámenes a las parcelas de resultado en supuestos especialmente conflictivos, el apartado 8 del artículo 11 de las NCRH establece, como regla general, la prevalencia del acuerdo unánime de todos los titulares activos y pasivos de los derechos preexistentes en orden a la subsistencia, distribución, concreción en determinadas fincas, o especificación de su rango, pudiendo formalizarse dicho acuerdo mediante comparecencia de todos los interesados o en virtud de escritura notarial complementaria. A falta de tal acuerdo unánime, esos supuestos se resolverán mediante la aplicación de los criterios establecidos en los apartados 3 a 7 del propio artículo 11.

Especialmente curiosa resulta la previsión contemplada por el apartado 5 del artículo 9 de las NCRH, para el supuesto de que al titular de varias parcelas de origen se le adjudique una sola finca de resultado. En este caso, y según dicho precepto, el proyecto habrá de determinar la cuota porcentual de la finca de resultado que se adjudica «en pago» de cada una de las fincas de origen, al efecto de que el Registrador traslade los derechos y cargas preexistentes sobre cada una de las fincas de origen a la correspondiente cuota porcentual de la finca de resultado<sup>28</sup>. Pero esa solución no puede imponerse sin partir del previo entendimiento de que el gravamen sobre una parcela puede trasladarse a una cuota pro indiviso por subrogación real, y por lo tanto sin prejuzgar un problema en el que no se entra a fondo: cuando existe y cuando no existe subrogación real.

Porque el criterio manifestado por las NCRH al resolver este supuesto parte de una interpretación maximalista de la subrogación real en materia urbanística que incurre en inevitable contradicción con el criterio sentado por el artículo 122.4 RGU para resolver un caso análogo. Recordemos que, según este último precepto, la subrogación real no operaba, y por lo tanto las cargas existentes sobre la parcela originaria de-

---

<sup>28</sup> En lugar de trasladar simplemente las cargas y gravámenes, dejando que el rango se determine de acuerdo con el principio de prioridad. Sin embargo, cuando se trate de derechos inscritos con posterioridad a la fecha de la nota marginal de iniciación del expediente contemplada por el artículo 5 –y aludida con anterioridad en este comentario–, y de los que el órgano actuante tuviera conocimiento durante su elaboración y tramitación, la fijación de esa cuota no resulta necesaria (art. 11.7 de las NCRH). Es de suponer que en tal caso, habiendo sido notificados del proyecto los titulares de cargas sobre las fincas originarias y no realizando alegación alguna, se entiende que están conformes con que opere el principio de prioridad, sin perjuicio de que el traslado en esos términos pueda estimarse incompatible con la nueva situación y características de las fincas por el registrador (por ejemplo, si se da lugar a un doble usufructo sobre la parcela de destino, y siempre que parezca razonable entender que el posterior no va a tener eficacia alguna).

bían extinguirse, cuando al propietario se le adjudicara una cuota pro indiviso sobre una parcela de resultado. La solución resulta lógica, pues no es igual ostentar un derecho real limitado sobre una parcela que sobre una cuota, y la identidad de razón con el supuesto admitido por las NCRH hace que la diferencia de tratamiento resulte chocante. No parece relevante la consideración de que el titular de la cuota gravada es, en el caso que ahora nos ocupa, el mismo que el del todo, especialmente cuando el derecho real sea de realización de valor, ya que al rematante le dará igual que la comunidad existiera previamente o que se origine con su adquisición. Tampoco parece posible entender que el artículo 123.4 del RGU ha sido derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto 1093/1997, puesto que su eficacia se restringe a las normas del RGU referidas al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, y el citado precepto se refiere al ámbito de la subrogación real como institución sustantiva, no al acceso de la misma al Registro de la Propiedad.

2. En cuanto a los supuestos en los cuales el traslado de la carga no puede efectuarse, las NCRH establecen la siguiente sistematización:

– Si la carga fuera incompatible con el planeamiento, los apartados 1 y 2 del artículo 11 de las NCRH establecen que la cancelación sólo se llevará a cabo por el Registrador si, además de haberse practicado las preceptivas notificaciones a los respectivos titulares, se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que en el proyecto aprobado se declare la incompatibilidad de la carga con la ordenación urbanística y se solicite expresamente su cancelación.

b) Que se especifique la indemnización que, en su caso, haya de satisfacerse a su titular.

c) Que conste que se ha pagado o consignado el importe de dicha indemnización.

– Si esa incompatibilidad se debiera a la situación o características o usos de la finca de resultado, cosa que puede apreciarse por la misma Administración –haciéndolo constar así en el proyecto–, o por el Registrador –al calificar el título inscribible–, el artículo 12 de las NCRH establece que las partes habrán de llegar a un acuerdo sobre la cancelación del gravamen o su conversión en un crédito garantizado con hipoteca. A falta de acuerdo podrán acudir al Juzgado Civil competente para que resuelva acerca de la compatibilidad o incompatibilidad y, en este último caso, para que fije la valoración de la carga y la constitución de la mencionada garantía hipotecaria.

Como puede observarse, las NCRH continúan asumiendo la dualidad de tratamiento establecida por el RGU para dos supuestos de hecho que, en la mayoría de los casos, resultarán imposibles de diferenciar. Es cierto que las cargas vinculadas a una utilización rústica de las fincas –servi-

dumbres como la de parada y partidor, estribo de presa, etc.— serán normalmente incompatibles con el destino urbanístico establecido por el plan, cualquiera que sea la situación de las fincas de resultado. Pero también lo es que en algunos casos la incompatibilidad o compatibilidad con el planeamiento dependerá precisamente de la situación y características de las fincas de resultado —por ejemplo, una servidumbre de *altius non tollendi*, cuya viabilidad puede depender de la edificabilidad atribuida a las parcelas de resultado—. Sólo en supuestos verdaderamente excepcionales resultará posible concluir que la incompatibilidad concurre exclusivamente en relación con la nueva situación, características o usos de las fincas de resultado: ni siquiera la servidumbre de paso constituye un buen ejemplo de esta categoría, porque siendo incompatible con una determinada situación de las fincas de resultado nada nos asegura que en otra situación, en la cual fuera útil la servidumbre, no se produciría, en cambio, incompatibilidad con el planeamiento.

#### 4. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN LAS NCRH

##### a) LOS PRECEPTOS DE LAS NCRH RELATIVOS A LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA Y EL ARTÍCULO 37.2 DEL TRLS DE 1992

Las cuestiones planteadas por la inscripción de la declaración de obra nueva se encuentran reguladas en el capítulo VI de las NCRH (arts. 45 a 55). Los mencionados artículos constituyen el desarrollo reglamentario del artículo 37.2 del TRLS de 1992, que venía a transcribir casi literalmente el contenido del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (LRRUVS en lo sucesivo)<sup>29</sup>. A su vez la norma urbanística modificaba fundamentalmente el contenido de los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 del Reglamento Hipotecario, que contenían la regulación general de la declaración de obra nueva<sup>30</sup>, expresándose en los siguientes términos:

*Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técni-*

<sup>29</sup> Salvo la supresión del plazo de tres meses que establecía la LRRUVS para que se hiciera constar la terminación de la obra nueva que se inscribió cuando todavía estaba en fase de construcción y para cuya infracción no se contemplaba consecuencia jurídica alguna.

<sup>30</sup> En relación con las viviendas de protección oficial tienen interés los artículos 99 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, y el artículo 17 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, de viviendas de protección oficial.

*co competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras.*

b) LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR EL ARTÍCULO 37.2 DEL TRLS Y POR SU ANTECEDENTE EL ARTÍCULO 25.2 DE LA LEY 8/1990

De acuerdo con Arnaiz Eguren, «a partir de la reforma hipotecaria (de 1944-46) y hasta la publicación de la Ley 8/1990, el título que en la práctica totalidad de las ocasiones se ha utilizado para conseguir la inscripción de edificaciones en el Registro de la Propiedad ha sido la escritura pública dirigida a esa finalidad, en la que el titular de la finca manifiesta haber construido o tener en construcción una edificación determinada, describe ésta y solicita su inscripción a favor del titular dominical. Ocasionalmente ese titular manifiesta, además, o bien que ha satisfecho íntegramente el precio de los materiales o que ha pagado al contratista la ejecución de lo edificado»<sup>31</sup>.

Como el mismo autor señala, durante esa época se rechazó la opinión de Morell y Díaz Moreno acerca de la conveniencia de que a la escritura de declaración de obra nueva se acompañara en todo caso la licencia de obras o el certificado técnico, y por lo tanto que este requisito no tuviera el carácter potestativo u opcional que parece desprenderse de los párrafos segundos de los artículos 208 LH y 308 RH.

Se mantenía el criterio de que el principio de legalidad vigente en materia registral no se extendía a la legalidad urbanística de la obra declarada y que los Notarios y Registradores eran ajenos a ese control. Este criterio se pone radicalmente de manifiesto en la *RDGRyN de 16 de noviembre de 1981*, donde se llegó a afirmar que «al ser competencia exclusiva de las autoridades municipales y urbanísticas el velar por el cumplimiento de las normas de edificación, no corresponde al Notario al autorizar las escrituras de declaración de obra nueva, ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadora, el entrar en el examen de esta materia, ya que la posible infracción urbanística se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado por el planeamiento... en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento se contienen los requisitos para que la obra nueva ingrese en los libros registrales, sin que tales preceptos exijan que se acredite la concesión de licencia municipal para que

---

<sup>31</sup> En «Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990», publicado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, pp. 2157 ss.

pueda practicarse la inscripción, y en el mismo sentido se manifiesta la propia Ley del Suelo, que en ninguno de sus preceptos impone esta obligación a Notarios y Registradores».

Esta doctrina de la DGRyN no dejaba de manifestar una realidad evidente: la calificación de la conformidad urbanística de una edificación no sólo requiere unos conocimientos técnicos que difícilmente poseerán los Notarios y los Registradores —sin que ello suponga duda alguna acerca de su acreditadísima formación jurídica—, sino que además es una competencia de la Administración que se manifiesta a través del otorgamiento o denegación de la licencia de obras y que está sometida al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>32</sup>.

Ahora bien, una cosa es reconocer que el control de la legalidad urbanística no corresponde a los Notarios y Registradores, y otra, bien distinta, continuar con un sistema que permita el acceso al Registro de declaraciones de obra nueva sin que ese control previo de legalidad haya sido verificado por otros medios idóneos para ello: porque el bien ganado prestigio de que gozan los Notarios y Registradores originan en los ciudadanos sin conocimientos técnicos suficientes para diferenciar entre «legalidad urbanística» y «legalidad civil» una confianza más genérica: la de que al Registro no pueden acceder situaciones contrarias al Ordenamiento Jurídico.

Por todo ello, la situación legal existente —cuya corrección no correspondía a la DGRyN— venía a favorecer a constructores poco escrupulosos y dispuestos a utilizar el Registro de la Propiedad como instrumento fraudulento: bastaba con declarar un edificio diferente del que autorizaba la licencia —más locales independientes, por ejemplo—, para crear una apariencia de legalidad inexistente. Luego, el perjuicio derivado de semejante maniobra afectará a los adquirentes de tales pisos y locales, si la Administración ordena la adecuación de lo construido a la licencia concedida, o a la comunidad en su conjunto, si la presión social derivada de los hechos consumados induce a la Administración a «hacer la vista gorda», asumiendo una proporción de viviendas o un volumen edificado superiores a los previstos y por lo tanto incompatible con la proporción de espacios libres y servicios contemplados en el plan.

---

<sup>32</sup> Mantiene una opinión diversa, afirmando que la función calificadora del Registrador se extiende a la conformidad de la licencia con la legalidad urbanística, HERNÁNDEZ DE MARCO y FERNÁNDEZ VERDUGO, en «El artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fascículo III, pp. 1401-1436. Sin entrar en la espinosa cuestión relativa al alcance de la calificación registral cuando el acto inscribible procede de la Administración hay que considerar la presunción de validez y la imposibilidad de que esa Administración pueda defenderse por vía judicial de una calificación registral desfavorable; simplemente es imposible pleitear ante la Jurisdicción Civil con otro particular para que se declare la validez de tales actos y resultaría absurdo promover una sentencia declarativa de los tribunales configuradores de la jurisdicción contencioso-administrativa acerca de una validez que ya presume la Ley. ¿No se podría infringir el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración al incrementarse el ámbito de la potestad calificadora del registrador?

La Generalidad de Cataluña intentó abordar la cuestión mediante un proyecto de ley que no llegó a tramitarse ante la falta de título competencial para regular la materia registral, atribuida en exclusiva al Estado por el artículo 149.1.8.º de la Constitución Española, y toda esta situación desembocaría finalmente en un conocido informe acerca de la proliferación de fraudes inmobiliarios en las zonas costeras españolas, presentado en noviembre de 1988 a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo por el eurodiputado británico Mac Millan<sup>33</sup>.

El problema se va a afrontar en la Ley 7/1990 de la Comunidad Autónoma de Canarias y en los artículos 25.2 y 27.1 de la Ley Estatal 8/1990, cuyo contenido pasaría luego a integrar los artículos 37.2 y 40.1 del TRLS de 1992<sup>34</sup>. Por lo que a la legislación del Estado se refiere, el objetivo perseguido era doble:

– Con el artículo 25.2 de la Ley 8/1990, se trataba de evitar que ingresaran en el Registro declaraciones de obra nueva realizadas sin licencia, o bien que no se ajusten, en la descripción de la obra, al contenido de la licencia.

– Además se declaraba terminantemente que la existencia de licencia y la conformidad entre la obra declarada y la autorizada no suponen la inmunidad de los terceros en el caso de que la licencia sea ilegal, estableciéndose en el artículo 27.1 de la LRRUVS (que pasará a ser el 37.1 del TRLS de 1992), que *La edificación realizada al amparo de licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno. La resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad para su debida constancia.*

#### c) LAS NCRH EN RELACIÓN CON LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LOS ARTÍCULOS 25.2 DE LA LEY 8/1990 Y 37.2 DEL TRLS DE 1992

La aplicación de los citados preceptos planteó una serie de problemas relacionados, principalmente, con el ámbito temporal y espacial de aplicación de la norma, el propio concepto de «obra nueva» utilizado por el legislador, quién podía ser considerado «técnico competente», y cuál había de

---

<sup>33</sup> En dicho informe se proponía la adopción de las siguientes medidas:

1.ª Que para inscribir obras nuevas en construcción se acompañe a la escritura una certificación del arquitecto o técnico autor del proyecto, del técnico director de la obra o del técnico municipal, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el cual se concedió licencia y comprensiva de los datos identificadores del expediente administrativo de concesión.

2.ª Si se trata de inscribir obras concluidas, la certificación debería acreditar que la edificación declarada se ajustaba a la licencia concedida.

<sup>34</sup> Artículos calificados de aplicación plena por la disposición final única del TRLS de 1992, y no afectados por la STC 61/1997.

ser el contenido de la certificación –especialmente cuando se trataba de una declaración de obra nueva terminada–. Por ello nuestro comentario se centrará en los preceptos de las NCRH relativos a estos aspectos de la cuestión.

c1) *El ámbito de aplicación espacial de los artículos 37.2 del TRLS de 1992 y 46 de las NCRH*

El artículo 46 establece que «*para inscribir los títulos comprendidos en el artículo anterior (los establecidos por la Legislación Hipotecaria para la declaración de obra nueva) será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se acredite la obtención de la licencia que corresponda, salvo que legalmente no fuere exigible...*».

En principio –y si prescindimos, por ahora, de la expresión «salvo que legalmente no fuere exigible»–, podemos decir que la solución reglamentaria viene a recoger la doctrina sentada por la DGRyN en el sentido de *no excluir de las exigencias contempladas en el artículo 37.2 a los municipios en los cuales no era de aplicación plena el TRLS de 1992, ni a las edificaciones construidas en suelo no urbanizable*.

Concretamente, y en relación con la aplicación del artículo 37.2 a los municipios de menos de 25.000 habitantes, la RDGRyN de 6 de septiembre de 1991 estableció el criterio de que la licencia y la certificación facultativa «ha de ser exigida siempre y cualquiera que sea el número de habitantes del municipio, pues así resulta de la disposición adicional primera, números 1 y 3, en relación con la disposición final primera, número 1, que dispone esta última que tendrán carácter de legislación básica, entre otros, los artículos 11 y 25 de la Ley y que son aplicables según la primera disposición adicional citada...»<sup>35</sup>.

En lo relativo a la aplicabilidad del artículo 37.2 del TRLS al suelo no urbanizable, hay que recordar que la cuestión se suscitó durante la vigencia de la Ley 8/1990, al incluirse las exigencias establecidas por el artículo 25.2 entre los preceptos configuradores del capítulo III de su título I, que literalmente venían referidos al suelo urbano y urbanizable. Con posterioridad, el artículo 16.4 del TRLS, vino a clarificar la cuestión en el sentido que defendía una parte de la doctrina<sup>36</sup>, afirmando que las

<sup>35</sup> En relación con el carácter del artículo 25.2 de la LRRUVS, y, por lo tanto, del artículo 37.2 del TRLS, se ha sostenido que es un precepto dirigido a regular la conducta de Notarios y Registradores de la Propiedad, competencia exclusiva del Estado de acuerdo con el artículo 149.8 de la Constitución Española, y, por lo tanto, que no puede considerarse como legislación básica, sino de aplicación plena. Así lo consideran, entre otros, PAREJO-MERINO, P. M.ª, en *El derecho a edificar y el derecho a la edificación*, Academia Sevillana del Notariado, tomo VI, p. 442, y en «La reforma de la legislación urbanística en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, p. 2147; ARNAIZ EGUREN, en *Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva...*, cit., y PRETEL SERRANO en «La intervención del “técnico competente” del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, pp. 2211-2212.

<sup>36</sup> ARNAIZ EGUREN, en *Aspectos civiles y registrales...*, cit.

exigencias contempladas por el artículo 37.2 para la autorización e inscripción de escrituras de declaración de obra nueva son exigibles también en relación con el suelo no urbanizable. Y éste fue el criterio orientador de la solución adoptada por la *RDGRyN de 26 de febrero de 1996*.

Por tanto, es lógico que el precepto reglamentario no establezca precisión alguna acerca del ámbito espacial de aplicación del reiterado artículo 37.2 del TRLS de 1992. En cuanto a la excepción relativa a los supuestos en que «legalmente no fuere exigible» la licencia que corresponde, y si consideramos que el artículo 242 del TRLS de 1992 establece que «todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal»<sup>37</sup>, parece que la mencionada excepción habrá de referirse a los supuestos en que se ha producido la prescripción de la infracción urbanística, no siendo posible ya acordar la demolición del edificio sin indemnización. A estos supuestos, relacionados con el ámbito temporal de aplicación del artículo 37.2, nos referimos en el epígrafe siguiente.

*c2) El ámbito de aplicación temporal de los artículos 37.2 del TRLS de 1992 y 52 de las NCRH*

Bajo el título de «Reglas aplicables a otras construcciones», el artículo 52 de las NCRH establece lo siguiente: «*Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurren los siguientes requisitos:*

a) *Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.*

b) *Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante.*

c) *Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».*

El citado texto reglamentario constituye, en realidad, una excepción a la regla contenida en el artículo 37.2 del TRLS de 1992, y su supuesto de hecho surge como suma aritmética de dos componentes: la trasposición de la doctrina de la *DGRyN* en la aplicación de la disposición transitoria quinta, regla primera, del TRLS de 1992, y la opinión de los autores proclives a interpretar que la citada transitoria debe aplicarse también a toda edificación ilegal respecto de la cual ya no sea posible adoptar medidas que impliquen su eventual demolición, con independencia de que fueran terminadas, o incluso comenzadas, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/1990.

---

<sup>37</sup> Considerado legislación básica por la disposición final única de la propia norma legal y no afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo.



En este sentido, conviene recordar que la disposición transitoria quinta, número 1, del TRLS de 1992 –disposición transitoria sexta, número 1, de la LRRUVS– establece que «*las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular*».

En aplicación de dicho precepto, la Resolución de la DGRyN de 4 de febrero de 1992, luego confirmada por las de 17 de junio de 1993 y 3 de noviembre de 1995, entendió que tratándose de edificaciones ya existentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, y aun cuando la escritura de declaración de obra nueva se otorgara con posterioridad, «basta con acreditar, alternativamente: a) Que esa edificación ha sido realizada de conformidad con la legislación urbanística entonces aplicable. b) Que, en cualquier caso, ya no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. El extremo a) puede acreditarse por resolución administrativa competente o del modo hoy previsto en el artículo 25.2 de la Ley 8/1990. El extremo b) requiere la acreditación de que la edificación ha sido terminada hace más de cuatro años (*vid.* los arts. 185 LS y 9.º del Real Decreto-ley de 16 octubre de 1981), siempre que no conste en el Registro de la Propiedad –como es obligado (cfr. disposición adicional décima, número 3, de la Ley 8/1990)– la incoación del expediente de disciplina urbanística».

De las tres resoluciones citadas, la más importante es la de 3 de noviembre de 1995, por dos motivos:

1.º La edificación había sido materializada en suelo no urbanizable común, con lo cual quedaba claro que la transitoria quinta, número 1, del TRLS no limita su eficacia a las construcciones en suelo urbano y urbanizable, pese a lo que podría deducirse del tenor literal de la misma.

2.º Aunque reproduce la doctrina deslizada en las dos anteriores acerca de los requisitos para el acceso al Registro de edificaciones realizadas antes de la entrada en vigor de la LRRUVS y respecto de las cuales ya no quepa adoptar medidas disciplinarias que impliquen su demolición, declaró procedente la inscripción, a diferencia de los casos anteriores en los cuales no se estimó acreditado el transcurso del plazo de cuatro años desde la conclusión de la edificación.

En un comentario a la mencionada resolución de 3 de noviembre de 1995<sup>38</sup> ya aludimos a lo incorrecta que nos parecía esa doctrina de

<sup>38</sup> Publicado en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 41, abril-agosto de 1996, pp. 511-523.

la DGRyN. Los argumentos para nuestra crítica, si bien esquemáticamente expuestos, eran los siguientes:

1.º De acuerdo con la Legislación estatal y también con la autonómica, la acción orientada a adoptar medidas de disciplina que impliquen la demolición sin indemnización alguna de las edificaciones situadas en espacios libres y zonas verdes, así como en suelo no urbanizable calificado de especial protección, no está sometida a límite temporal alguno y, por lo tanto, pueden ser demolidas cualquiera que sea el momento de su terminación<sup>39</sup>. Por no mencionar la posibilidad de que la legislación urbanística aplicable –esto es, la autonómica– pueda establecer plazos de prescripción mayores o menores que el general de cuatro años para las acciones que impliquen demolición de lo ilegalmente construido en supuestos cuya concurrencia o no parece cuestión a resolver por la Administración y no por el Registrador<sup>40</sup>. En la resolución comentada se aludía de pasada al carácter común del suelo no urbanizable considerado, pero nada se decía en la narración de los hechos ni en la argumentación jurídica que pudiera amparar esa calificación, y tampoco se destacaba la necesidad de que se acredite ese carácter para que la doctrina sentada por la Dirección General pueda resultar de aplicación, cosa que nos parece simplemente lamentable.

2.º Aun en el caso de tratarse de edificaciones en relación con las cuales –siempre de acuerdo con la legislación urbanística aplicable– la acción orientada a su demolición prescriba en un plazo determinado a partir de su terminación, parece lógico entender que su acce-

---

<sup>39</sup> En este sentido se manifiesta el artículo 255.1 del TRLS, que pese a haber sido declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, debido a ser una norma supletoria, ha sido puesto en vigor para Cantabria y Andalucía por las Leyes 1/1997, de 25 de abril y 18 de junio, respectivamente. Antes de la vigencia del TRLS de 1992, la imprescriptibilidad de las infracciones consistentes en edificar sobre zonas verdes o espacios libres se contemplaba en el artículo 188 del TRLS de 1976, no previéndose lo mismo para el suelo no urbanizable de especial protección por la sencilla razón de que esta categoría de suelo no se contemplaba en los textos de la época. También establecen esa imprescriptibilidad disposiciones autonómicas como los artículos 180 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, o el artículo 260 del texto refundido de la legislación vigente en Cataluña en materia urbanística.

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, cuyo artículo 239 regula la prescripción de las acciones orientadas a la restauración del orden infringido del siguiente modo: «1. La acción de la Administración para restaurar el orden infringido cuando se trate de actuaciones ilegales sobre bienes de dominio público, zonas verdes, espacios libres o bienes de interés cultural, todos ellos de titularidad pública, no estará sujeta a plazo alguno de prescripción. 2. Cuando se trate de actuaciones contrarias a esta Ley Foral que se realicen sobre los bienes de titularidad privada con las categorías señaladas en el número anterior, sobre suelo forestal o suelo de alta productividad agrícola, de infraestructuras o itinerarios de interés, la acción prescribirá a los diez años. 3. En el resto de los casos, la acción prescribirá a los cuatro años». Ha de tenerse en cuenta, además, que la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró la inconstitucionalidad de la regulación establecida en el artículo 249 del TRLS para las obras terminadas sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones –calificado como legislación básica por la disposición final única del propio texto legal– aduciendo que «las concretas medidas de reacción que la Administración urbanística ha de adoptar, su procedimiento y efectos» son cuestiones que «en principio, encajan en la competencia material urbanística».

so al Registro sólo será posible acreditando que la prescripción se ha producido. Y es evidente que a esos efectos no será suficiente con acreditar el paso de ese plazo y la ausencia de anotación preventiva de iniciación del expediente de disciplina urbanística, dado que la prescripción se interrumpe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132.2 de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mediante la incoación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, sin que la anotación preventiva de esa incoación pueda estimarse en modo alguno como un requisito imprescindible para la interrupción<sup>41</sup>. En este sentido es cierto que algún autor ha entendido que la incoación de expediente de disciplina urbanística ha de hacerse constar en el Registro de la Propiedad con carácter obligatorio, mediante la anotación preventiva prevista en el artículo 309.2 del TRLS, pero nosotros siempre mantuvimos que la práctica de esa anotación es conveniente pero no obligatoria, habida cuenta de las siguientes consideraciones:

a) La inscripción obligatoria supone una excepción a la naturaleza meramente voluntaria de nuestro Registro de la Propiedad.

b) El artículo 307 del TRLS de 1992 parece apoyar esa naturaleza facultativa, al decir que el mencionado acto *será inscribible* —lo que parece indicar que puede inscribirse o no—. Es cierto que luego el artículo 309.2 se expresa en términos claramente imperativos, al decir que *«se harán constar, mediante anotación preventiva, los actos de los números 3 y 6 del artículo 307»*, pero no hay más que leer el título del artículo 309 —concretamente «clases de asientos»—, para deducir que el mandato se dirige al Registrador ordenándole que, supuesta la solicitud de inscripción, utilice precisamente ese asiento registral y no otro.

c) El artículo 56 de las NCRH claramente permite apoyar esta voluntariedad, al afirmar que *«la Administración legalmente competente, con el fin de asegurar el resultado de los expedientes de disciplina urbanística y la reposición de los bienes afectados al estado que tuvieran con anterioridad a la infracción, podrá acordar que se tome anotación preventiva de la incoación de dichos expedientes...»*<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> En este sentido se habían manifestado ya PAREJO MERINO, P. M.<sup>a</sup>, en «La reforma de la legislación urbanística en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», artículo publicado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, pp. 2145-2166, y PRETEL SERRANO, en *La intervención del «técnico competente»...*, cit., p. 2213.

<sup>42</sup> Aunque la redacción pueda considerarse algo oscura, por no indicarse el alcance de los obstáculos que el registro puede suponer para la reposición de los bienes a la situación anterior a la infracción. Esos obstáculos, que nunca podrán suponer inmunidad de los subadquirentes frente a las acciones dirigidas a restaurar el orden urbanístico, habrán de deducirse de normas con rango de Ley, siempre teniendo en cuenta la subrogación del adquirente en la posición jurídica del transmitente que proclama una norma de tal rango: el antes citado artículo 22 del TRLS de 1992.

d) En relación con las edificaciones ilegales y construidas sin licencia, es decir, con la hipótesis que estamos analizando, la anotación preventiva que anuncia la iniciación de un expediente disciplinario no sería necesaria para asegurar el resultado final de ese expediente frente a otros adquirentes que aleguen la protección de la fe pública, si no se permitiera que la edificación ingresara en el Registro, proporcionando así un apoyo para esa confianza<sup>43</sup>.

Pero es que aun cuando admitiéramos, en el plano de la hipótesis, que la solicitud de que se practique anotación preventiva de incoación del expediente de disciplina urbanística es obligatoria para la Administración, ¿cómo justificar una sanción de esa pretendida obligatoriedad que implique la ineficacia del acto interruptivo, castigando tan gravemente a la comunidad por la pasividad de sus gestores? Y no puede decirse que la doctrina de la DGRyN no impide el efecto interruptivo, sino que solamente posibilita el acceso al Registro de la edificación, con independencia de que se pueda seguir actuando contra el infractor. Porque entonces hemos salido de la excepción al régimen de la declaración de obra nueva derivada de la transitoria quinta, número 1, del TRLS de 1992<sup>44</sup>, y, además, estamos provocando que la irrupción de un subadquirente de la edificación ilegal haga colisionar los principios hipotecarios con la normativa urbanística.

En definitiva: la anotación preventiva de incoación de expediente sobre disciplina urbanística puede no existir, y, sin embargo, haberse producido la interrupción de la infracción, estando la cuestión radicada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por eso, la Ley canaria 7/1990 exige, para exceptuar a una declaración de obra nueva relativa a una construcción ilegal de la acreditación de la licencia, que la correspondiente infracción *haya sido declarada prescrita por la Administración o por los tribunales* (lógicamente los configuradores de la Jurisdicción Contenciosa), y ésa parece, además, la conclusión que se deriva del tenor literal de la transitoria quinta, número 1, del TRLS de 1992. Por no mencionar la ausencia de un interés digno de tutela en el acceso ágil y rápido al tráfico jurídico de edificaciones construidas sin licencia, ¿o acaso no es más reprobable la actuación de quien edifica ilegalmente que la de la Administración al demorar la adopción de las medidas disciplinarias correspondientes?

En cuanto a las edificaciones ilegales y terminadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LRRUVS parece claro que la interpretación *sensu contrario* de la transitoria quinta, número 1, del TRLS –transitoria

---

<sup>43</sup> Será más problemático el supuesto de edificación terminada conforme a una licencia luego declarada ilegal, porque entonces la obra nueva sí ha podido acceder al Registro cumpliendo los requisitos impuestos por el artículo 37.2 del TRLS de 1992.

<sup>44</sup> Que, recuérdese, sólo entendía incorporadas al patrimonio de su titular las edificaciones realizadas de acuerdo con la ordenación urbanística aplicable o «respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición».

sexta, número 1, de la propia LRRUVS— debería llevarnos inexorablemente a la conclusión de que dichas edificaciones no podrían entenderse nunca «incorporadas al patrimonio de su titular», en el sentido dado a tal expresión por el TRLS de 1992, que, para nosotros, es equivalente a la imposibilidad de que la Administración pueda demoler sin indemnizar.

Sin embargo, considerando la competencia que parece atribuirse a las Comunidades Autónomas para la definición de las consecuencias vinculadas a una infracción urbanística, y la ausencia de una norma especial que regule le prescripción de las infracciones urbanísticas según se trate de edificaciones terminadas antes o después de la entrada en vigor de la LRRUVS, la doctrina se ha ido inclinando hacia la admisión de que se les dispense el mismo tratamiento establecido por el TRLS de 1992 para las edificaciones ilegales existentes a la entrada en vigor de la LRRUVS.

Por nuestra parte, ya en el comentario publicado acerca de la RDGRyN de 3 de noviembre de 1995<sup>45</sup> sostuvimos la conveniencia de esta solución desde una interpretación finalista del artículo 37.2, atenta a la consideración de que se trata de un precepto destinado a evitar, en la medida de lo posible, que accedan al Registro edificaciones ilegales contra las que la Administración pueda reaccionar en perjuicio de los intereses de quienes las adquirieron confiando en lo que el Registro manifestaba. De esta manera, si las edificaciones construidas con arreglo a licencia pueden inscribirse, aun cuando ello no suponga una absoluta garantía de indemnidad —puesto que esa licencia no impide la demolición del edificio si es declarada ilegal—, con mayor motivo habrán de acceder aquellas otras construcciones contra las que ya no quepa reacción alguna<sup>46</sup>, siempre que se acredite, como dijimos anteriormente en relación con las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la LRRUVS, que la infracción ha prescrito, mediante declaración procedente de la Administración o de los tribunales configuradores de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como conclusión de lo expuesto anteriormente podemos afirmar que la citada norma reglamentaria merece un juicio positivo en cuanto consagra la generalización del régimen contemplado en la transitoria quinta, número 1, a todas las edificaciones, con independencia de si se concluyeron antes o después de la vigencia de la LRRUVS, pero negativo en cuanto el plazo de prescripción, que a veces no existirá, por estimarse que existe infracción continuada, y en otras ocasiones dependerá de conceptos normativos como el interés cultural o la concreta calificación del suelo llevada a cabo por el Plan, aspectos que, a nuestro juicio, corresponde determinar a la Administración bajo el control de la Jurisdicción

---

<sup>45</sup> Citado con anterioridad.

<sup>46</sup> Así parecen entenderlo también, entre otros autores, GONZÁLEZ PÉREZ, en sus *Comentarios a la Ley del Suelo (texto refundido de 1992)*, Madrid, 1993, tomo I, p. 310, y, también, PAREJO GÁMIR, en «Perspectivas notariales en la nueva Ley del Suelo», publicado en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, 1991, pp. 206-207, si bien matizando que ha de acreditarse por algún documento público administrativo o judicial que la obra es inatacable por el transcurso del plazo de cuatro años.

Contencioso-Administrativa. También porque la interrupción de esa prescripción no exige en modo alguno la práctica de la anotación preventiva prevista por el artículo 309.3 del TRLS, especialmente tratándose de la adopción de medidas relativas a una obra nueva que, por hipótesis, no debe haber ingresado en el Registro.

c3) *El ámbito de aplicación material de los artículos 37.2 del TRLS de 1992 y 45 y 53 de las NCRH*

Como ha señalado la doctrina, ni el artículo 208 de la Ley Hipotecaria ni el 308 del Reglamento Hipotecario suministran un concepto de obra nueva, sino que se limitan a referir los mecanismos para el acceso al Registro de *las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana...* Además, tampoco puede deducirse de dichos preceptos la existencia de prescripción alguna relativa al nivel de detalle que ha de contener la declaración de la obra terminada o en construcción<sup>47</sup>.

Estas circunstancias permitirían defraudar la finalidad perseguida por el artículo 37.2 del TRLS de 1992 si no se lleva a cabo una interpretación del mismo que nos permita exigir un contenido mínimo a la descripción del declarante. Esta posibilidad de fraude resulta especialmente relevante cuando el edificio va a ser objeto de división horizontal, toda vez que, a pesar de la normal coincidencia documental entre declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal, ambos actos no pueden confundirse, siendo la declaración de obra nueva un paso naturalmente previo y que no ha de verificarse necesariamente en el mismo documento notarial que la división horizontal.

Bastaría, como apunta Pretel Serrano<sup>48</sup>, con llevar a cabo una descripción muy escueta de la obra nueva en la declaración de la misma, para luego, al inscribir el título constitutivo de la propiedad horizontal, dar entrada en el Registro de la Propiedad a una configuración del edificio que, aun resultando materialmente contraria al proyecto aprobado por la Administración, superaría la calificación del registrador, dado que la constitución de la propiedad horizontal no parece sometida a los requisitos contemplados por el artículo 37.2 del TRLS.

Sin embargo, y como el propio autor citado nos indica, esos riesgos desaparecen entendiendo que la declaración de obra nueva ha de contener, al menos, los datos necesarios para que el control impuesto por el artículo 37.2 evite el peligro de que nazcan al mundo registral fincas que pueden ser objeto de medidas de disciplina urbanística, por haberse producido con infracción de las prescripciones del proyecto aprobado por la Administración; ello no supone que la descripción de la obra nueva haya

---

<sup>47</sup> PRETEL SERRANO, en *La intervención del «técnico competente»...*, ob. cit., p. 2214, y PAREJO-MERINO, P. M.ª, en *La reforma de la legislación urbanística...*, cit., pp. 2161-2162.

<sup>48</sup> En *La intervención del «técnico competente»...*, cit.

de reproducir el contenido del proyecto, pero sí impone la necesidad de que en la misma hayan de constar datos como los relativos a la superficie ocupada u ocupable, el número de plantas y el número máximo de pisos o locales que pueden configurarse como independientes en una eventual división horizontal.

Además, toda modificación subsiguiente del título constitutivo de la propiedad horizontal que implique alteración de esos datos o afecte a la estructura del edificio requerirá el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 37.2 del TRLS, que se añadirán a los contemplados en la propia Ley de Propiedad Horizontal para tales eventualidades<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Este fue el criterio seguido en la RDGRyN de 28 de abril de 1992. Se trataba de un edificio inscrito en el Registro de la Propiedad, de cuatro plantas y constituido en régimen de propiedad horizontal. Posteriormente la planta baja se dividió en dos superpuestas, solicitándose la inscripción mediante certificado del Arquitecto municipal en el cual se decía que el desdoblamiento era conforme con la legalidad urbanística.

Se denegó la inscripción por entender el Registrador que han de cumplirse los requisitos establecidos para las declaraciones de obra nueva y vulnerarse la legislación urbanística, dado que la norma aplicable sólo permitía la elevación de cuatro alturas. El Notario entendía que no existe declaración de obra nueva, sino sólo aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal sobre la división de locales, acreditando la certificación del técnico municipal que se cumple la legalidad urbanística.

La DGRyN entendió que «es claro que se trata de una modificación que afecta a la estructura esencial del edificio y pone en cuestión si con esta nueva estructura la edificación está ajustada a la legislación urbanística. Son, pues, aplicables para el acceso de esta modificación del edificio las prescripciones del artículo 25 de la Ley 8/1990... para tal fin no es suficiente por sí sola la certificación de un técnico, incluso de un arquitecto municipal. El artículo 25 de la Ley 8/1990 exige una doble titulación: 1.º La licencia de edificación (o la resolución o resoluciones administrativas competentes que hayan alterado sus términos). 2.º El certificado del técnico de que la obra se ajusta al proyecto aprobado... Presentes las normas que rigen la eficacia de los actos administrativos es prematuro el juicio del Registrador por el que sin conocer los términos de la licencia y sus incidencias estima que existe defecto insubsanable, consistente en que el edificio al tener cinco plantas resulta prohibido por las normas subsidiarias y complementarias del planeamiento. Por los títulos presentados no puede todavía conocerse si hay o no defecto que pueda ser apreciado por el Registrador con el carácter de insubsanable...».

En un interesante comentario a esta resolución llevado a cabo por PAREJO-MERINO, P. M.<sup>a</sup>, en *La reforma de la legislación urbanística...*, cit., pp. 2160-2165, la autora intenta encontrar un criterio para discernir los actos modificativos del título constitutivo de la Propiedad Horizontal sometidos a licencia de aquellos otros que, sin embargo, no puedan llegar a tener la consideración de declaración de obra nueva a los efectos del artículo 37.2 del TRLS.

Por nuestra parte estimamos que cualquier alteración estructural plantea la duda de si es o no compatible con el proyecto para el cual se obtuvo licencia, y, por lo tanto, obliga a un nuevo informe del técnico competente referido en el artículo 37.2. Si la modificación no es compatible con el proyecto para el cual se obtuvo licencia, o las obras correspondientes se han realizado en virtud de una nueva licencia otorgada precisamente para esa modificación, o han de legalizarse *a posteriori*, si es que son legalizables: en ambos casos, el acceso al Registro de la modificación implicará el cumplimiento de los requisitos impuestos por el artículo 37.2 del TRLS.

Lo que indudablemente no puede hacerse, y en esto coincidimos plenamente con la RDGRyN, es inscribir la modificación en base a un informe del Arquitecto municipal que, lejos de afirmar que la alteración es conforme con el proyecto de obras aprobado, sustituye la competencia del pleno municipal para decidir, mediante el otorgamiento o denegación de la licencia de obras, acerca de la adecuación de la modificación proyectada con el planeamiento.

Optando por otro entendimiento de la cuestión, el problema que se pretende resolver con el artículo 37.2 puede reproducirse, dado que el Registro estará publicando una configuración de la finca que la Administración puede alterar coactivamente en atención a su ilegalidad y con eficacia frente a quienes confíen en la licitud de los datos contenidos en tan prestigiosa oficina pública.

A la vista de estas consideraciones resulta claramente elogiable la redacción dada a los artículos 45 y 53 de las NCRH, puesto que, de acuerdo con el primero de dichos preceptos, *«los edificios o mejoras de los mismos que por accesión se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria. A tal efecto, deberá constar en los mismos, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente»*.

Por su parte, el artículo 53, regulador de los requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal, establece que *«para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito se aplicarán las siguientes reglas:*

a) *No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión.*

b) *Cuando el objeto de la transmisión sea una participación individual de finca destinada a garajes, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, deberá incluirse en el título la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes»*.

Las especialidades relativas a la modificación del número de locales parece responder a la práctica habitual, consistente en diferir al mercado la decisión relativa a las dimensiones de estos departamentos autorizando al propietario la división, segregación o agregación de las superficies dedicadas a tales usos sin necesidad de acuerdo de la Junta de Propietarios y siempre que se respete la cuota global de participación en elementos comunes.

Los garajes plantean, además, algunos problemas específicos, dado que las normas urbanísticas contenidas en los planes de las ciudades con problemas de tráfico rodado suelen contener una doble serie de previsiones en relación con estas instalaciones: obligan al propietario a construir un determinado número de plazas —normalmente en relación con el total de departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente pre-



vistos en el proyecto–, y, a la vez, excluyen un determinado número de plazas del cómputo del volumen de edificabilidad. En tales casos resulta evidente que la alteración del número de plazas, incluso si se lleva a cabo mediante la simple alteración de los linderos de las existentes, puede desembocar en la ilegalidad de la instalación: si se convierten en menos plazas pero más grandes, por la disconformidad con el número de apartamentos independientes, y, si se convierten en más plazas de menor tamaño, por vulneración de las dimensiones mínimas previstas en la norma urbanística o por infracción del volumen de edificabilidad construido –si el nuevo número supera el establecido a efectos de exención del cómputo de la superficie construida–. Por tanto, parece lógico que sea la Administración quien se manifieste acerca de la esencialidad o no del número de plazas de garaje

Estos dos tipos de instalaciones (locales y garajes) también presentan peculiaridades por la menor incidencia que plantean en relación con el diseño de la ciudad –principalmente en la proporción de zonas verdes y espacios libres, que usualmente se establecen por el Plan en atención al número de viviendas y residentes–. Ahora bien, la duda consiste en decidir si es correcta la decisión de las NCRH, es decir, la presunción de no esencialidad salvo que la licencia establezca otra cosa, o si sería más adecuado inclinarse por la presunción contraria<sup>50</sup>.

c4) *El contenido de la certificación exigida por el artículo 37.2 del TRLS de 1992: el artículo 46 de las NCRH*

En los aspectos relativos al alcance de la certificación relativa a la declaración de obra nueva terminada, la redacción del artículo 37.2 del TRLS de 1992 adolece, a nuestro juicio, de cierta imprecisión terminológica. Así, para la declaración de obra nueva en construcción se exige certificación de que *la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto* para el que se obtuvo la licencia, y, por lo tanto, está claro que nos encontramos ante dos representaciones ideales de la obra: la del proyecto aprobado y la de la declaración de obra nueva. Sin embargo, tratándose de la declaración de obra nueva terminada, el citado precepto exigía *la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado*.

El problema consiste en que, una vez finalizada la obra, a las dos representaciones ideales que existen durante la fase de construcción se añade la configuración material de la obra terminada. Por lo tanto, en este último caso tenemos «tres obras»: la proyectada, la declarada y la efectivamente materializada, y el certificado ha de garantizar la coinci-

<sup>50</sup> Las NCRH han acogido en cierta medida la opinión de PETREL SERRANO, que en «La intervención del “técnico competente”...», cit., apuntaba la posibilidad de excepcionar la constancia del número máximo de unidades que pueden pasar a ser independientes en relación con los locales y plazas de garaje».

dencia de las tres si se quiere evitar la ilegalidad de la configuración que accede al Registro.

Este entendimiento del precepto legal, atento al espíritu y finalidad de la norma, descartaría la validez del certificado de finalización de la obra conforme al proyecto, contemplado en la *Orden ministerial de 28 de enero de 1972*, en tanto según el modelo aprobado se certifica que la construcción ha sido realizada con arreglo al proyecto, pero no que la descripción que se lleva a cabo de la obra nueva sea conforme con dicho proyecto y también con lo efectivamente construido<sup>51</sup>. Sin embargo, el tenor literal del artículo 37.2 no resultaba suficientemente concluyente en este sentido.

El artículo 46.2 de las NCRH viene a resolver definitivamente la cuestión en el mismo sentido apuntado anteriormente por la doctrina, estableciendo que «*si el edificio se declarara concluido, el certificado deberá acreditar, además de lo previsto en los números anteriores, que la obra ha finalizado y que se ajusta, en cuanto a dichos extremos, al proyecto correspondiente*». Como lo previsto en los números anteriores es que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto, la inclusión del término «además» disipa toda duda acerca de la necesidad de que se certifique la coincidencia de las tres descripciones: la del proyecto, la de la obra nueva tal como es declarada y la de la obra nueva tal y como ha sido materializada<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Así lo afirma PRETEL SERRANO, en *La intervención del «técnico competente»...*, cit., y sobre la base de una interpretación de la Ley atenta a la finalidad perseguida, y más concretamente a la modalidad de fraude inmobiliario que se trataba de evitar con la norma contenida en el artículo 25.2 de la LRRUVS.

Obviamente se trata de evitar que una vez terminada la edificación de acuerdo con el proyecto para el cual se obtuvo licencia, se proceda a modificar ilegalmente la estructura del edificio, inscribiendo en el Registro la obra resultante de esas alteraciones al amparo de una certificación de finalización de la obra conforme al proyecto inicial que no permita apreciar las alteraciones llevadas a cabo.

La evidente falta de sintonía que se observa entre la regulación normativa del contenido de la certificación, según se trate de obras nuevas terminadas o en construcción, no es sino el resultado del tortuoso camino seguido por el citado precepto durante la fase de aprobación del proyecto que, finalmente, cristalizó en la aprobación de la LRRUVS, y que ha sido perfectamente resumido por el citado autor.

<sup>52</sup> Si previamente se había declarado la obra nueva en construcción, el artículo 47 de las NCRH establece que en el acta notarial en virtud de la cual se practique la nota marginal que hará constar la finalización de la obra habrá de acreditarse dicha finalización mediante la incorporación de la certificación referida en el apartado 3 del artículo anterior. Se resuelve así la duda planteada por PETREL SERRANO en «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», artículo publicado en *Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, cit., p. 90, acerca de si el alcance de la certificación en este caso podía limitarse a constatar la finalización de la obra, o, además, habría de extenderse a la coincidencia entre la obra terminada y la que se describió en la obra nueva inscrita, toda vez que en cualquier caso, y al constar ya en el Registro la descripción de una obra coincidente con el proyecto aprobado, se habría cumplido el objetivo de evitar que el Registro colabore en la apariencia de legalidad de la construcción ilegal (aunque la obra materializada fuera distinta a la proyectada, el Registro reflejaría la configuración de esta última).

c5) *El «técnico competente» para certificar: el artículo 50 de las NCRH*<sup>53</sup>

De acuerdo con el citado artículo de las NCRH, «a los efectos de lo dispuesto en este capítulo se entenderá por técnico competente:

1. *El que por sí solo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación.*
2. *El que por sí solo o en unión de otros tuviere encomendada la dirección de la obra.*
3. *Cualquier otro técnico, que mediante certificación de su colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes.*
4. *El técnico municipal del Ayuntamiento competente que tenga encomendada dicha función».*

El citado precepto reglamentario viene a recoger las posiciones doctrinales existentes sobre la materia: normalmente, ese técnico será el arquitecto, arquitecto técnico o ingeniero, según las normas reguladoras de las diversas profesiones<sup>54</sup>; ahora bien, se planteaba el problema de determinar si los notarios y registradores habrían de examinar rigurosamente la normativa reguladora de las competencias de esos profesionales para aceptar o rechazar la certificación, o si bastaría con una apreciación *prima facie* de esa competencia para no mezclar el problema de la represión del intrusismo profesional con el de la salvaguarda de la legalidad urbanística<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> En cuanto a la innecesidad de que el certificado esté visado por el Colegio Profesional del técnico certificador, *vid.* la RDGyN de 10 de febrero de 1994, según la cual «a los efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, las certificaciones de obra prevenidas en el artículo 25 de la Ley 8/1990 no precisan del visado colegial, todo ello sin perjuicio del alcance de este requisito en su ámbito específico». Se manifestaron a favor de la exigencia de visado HERNÁNDEZ DE MARCO y FERNÁNDEZ VERDUGO, en *El artículo 37.2...*, cit.

<sup>54</sup> En este sentido, parece que el técnico competente para firmar el proyecto habrá de considerarse competente también para extender el certificado exigido por el artículo 37.2 del TRLS. Tratándose de obras de nueva planta y de la modificación de la estructura de las existentes, la regla es que lo sean los Arquitectos o Arquitectos técnicos, aun cuando también pueden serlo los Ingenieros industriales, dentro de ciertos límites y cuando las construcciones lo sean para industrias, como indica GONZÁLEZ PÉREZ, en *Nuevo Régimen de las Licencias de Urbanismo*, Madrid, 1992, p. 206.

En relación con la distribución de competencias entre Arquitectos y Arquitectos técnicos, habrá que tener en cuenta la delimitación de competencias establecida en la Ley 12/1986, de 1 de abril, de Atribuciones de Ingenieros y Arquitectos técnicos. En líneas generales, y como señalan, entre otros autores, PRETEL SERRANO, *ob. cit.*, pp. 2219-2220, o BALLESTEROS FERNÁNDEZ en *Manual de Administración Local*, Granada, 1992, p. 675, refiriendo al efecto las SSTs de 27 de diciembre de 1989 y 6 de febrero de 1990, los Arquitectos superiores tienen la competencia exclusiva para la proyección y ejecución de obras destinadas a viviendas por modestas que sean éstas, así como para la realización de obras de remodelación que afecten a la configuración del edificio, a sus elementos estructurales resistentes o a las instalaciones de servicio común, mientras que si no afectan a dichos elementos pueden ser proyectadas indistintamente por Arquitecto técnico o superior.

<sup>55</sup> Por esta última alternativa se inclinaba PAREJO GÁMIR, en *Perspectivas notariales...*, *ob. cit.*, pp. 200-201, añadiendo que la denegación de la autorización sólo procederá cuando estemos ante una incompetencia grave, grosera y manifiesta: simples maestros de

En este sentido, la norma presentada opta por entender que tanto el técnico al servicio de la Administración como el que por sí sólo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia son competentes. En el primer caso esa competencia constituye el presupuesto de la propia relación que vincula al técnico con la Administración, mientras que en el segundo la competencia ha sido previamente contrastada por el órgano que otorgó la licencia de obras<sup>56</sup>.

La admisión de la competencia del técnico que tuviere encomendada la dirección de la obra permite incluir al Arquitecto técnico a quien le haya sido atribuida esa función, aun cuando se trate de una obra que no pueda proyectar<sup>57</sup>.

Cuando en el técnico no concurren las circunstancias previstas en los apartados anteriores, las NCRH resuelven el conflicto entre la conveniencia de que cualquier otro técnico pueda certificar<sup>58</sup> y los problemas que puede plantear a notarios y registradores la calificación de su competencia, exigiendo que el respectivo colegio profesional certifique las facultades del certificante.

En relación con el artículo 50 de las NCRH, resulta destacable recordar la doctrina que se había deslizado en la RDGRyN de 26 de febrero de 1996, de acuerdo con la cual «la certificación de la finalización de la obra conforme al proyecto aprobado expedida por técnico competente, prevista en el artículo 37.2 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana para la autorización e inscripción de escrituras de declaración de obra nueva terminada, puede ser sustituida por un certificado extendido por el Secretario del Ayuntamiento con el visto bueno del Alcalde en el que se afirme que las edificaciones descritas se hallan concluidas y han sido construidas con arreglo a la legalidad urbanística vigente, ajustándose al proyecto técnico y licencias de obra concedidas al efecto».

En un comentario a la mencionada resolución<sup>59</sup> planteábamos las dudas que merecía la solución adoptada en la misma, sobre todo cuando la certificación del Secretario acreditaba directamente la legalidad de la edificación, aun cuando el sistema nos pareciera acertado de *lege ferenda* e incluso pudiera ampararse en la interpretación conjunta del orde-

---

obras o «expertos» que no indican titulación técnica alguna. En favor de la calificación por el Registrador de la competencia del técnico, se manifestarán HERNÁNDEZ DE MARCO y FERNÁNDEZ VERDUGO: *El artículo 37.2...*, cit.

<sup>56</sup> En este sentido, las SSTs de 27 de diciembre de 1989 y 10 de enero de 1990, citadas por BALLESTEROS FERNÁNDEZ, en ob. cit., p. 675, reiteran la competencia del Ayuntamiento para examinar la capacidad profesional del técnico autor del proyecto, sin que sea suficiente que el proyecto aparezca visado por el Colegio Profesional, ya que en el caso de no ser competente para un proyecto un determinado profesional, no resulta tampoco idóneo su Colegio para extender el visado.

<sup>57</sup> De acuerdo con la opinión manifestada, entre otros autores, por PRETEL SERRANO, en ob. cit., p. 2220.

<sup>58</sup> Como señala PRETEL SERRANO, en *La intervención del «técnico competente»...*, cit., p. 2220.

<sup>59</sup> Publicado en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96, pp. 885-890.

namiento jurídico y de la relevancia que otorga a la Administración Local en la persecución de las infracciones urbanísticas. La aplicación futura de esta parece inviable, de acuerdo con el desarrollo del artículo 37.2 del TRLS de 1992 llevado a cabo en el artículo 50 de las NCRH, pero tampoco parece que con ello se cause gran perjuicio: bastará con que sea el Arquitecto municipal, y no el Secretario, quien certifique.

c6) *El artículo 49 de las NCRH y la intervención del técnico certificador*

El citado precepto trata de solventar los problemas planteados por el hecho de que la certificación tenga que redactarse y expedirse antes que la escritura en la cual constará la descripción de la obra. Su redacción acoge las acertadas soluciones apuntadas por la doctrina<sup>60</sup>: en concreto, y junto a la posibilidad de que el técnico comparezca en el mismo acto del otorgamiento de la escritura, se prevén las siguientes alternativas:

- Que se incorpore a la matriz de la escritura o del acta de finalización de la obra certificación del técnico, con firma legitimada notarialmente y que contenga una descripción de la obra nueva coincidente con la del título.
- Que esa certificación, con firma legitimada notarialmente y cuyo contenido haga expresa referencia a la descripción de la obra objeto de la escritura o del acta, nombre del Notario autorizante, fecha del documento y número de protocolo, se presente con el carácter de documento complementario.

## 5. LAS NCRH Y LA INSCRIPCIÓN DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

### A) CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

#### a) LAS TAUS Y SUS ALTERNATIVAS

En primer lugar, hay que señalar que las transferencias de aprovechamientos urbanísticos (en lo sucesivo TAUS) es una técnica urbanística orientada a la obtención de terrenos dotacionales y a la equidistribución de beneficios y cargas cuando se actúa asistemáticamente en el suelo urbano, es decir, cuando la normal existencia de edificación consolidada en esta clase de suelo impide que la distribución equitativa se lleve a cabo mediante la delimitación de un polígono o unidad de ejecu-

<sup>60</sup> Principalmente las de PAREJO GÁMIR, en *Perspectivas notariales...*, cit., pp. 201-202, y, también, PRETEL SERRANO, en *La intervención del «técnico competente»...*, cit., p. 2118.

ción y la redistribución material entre los afectados de las parcelas resultantes de la actuación.

El fundamento de esta técnica reside en el deber contemplado por el artículo 20.1.a) del TRLS de 1992, incluido en el capítulo III del título I de la Ley, regulador del régimen aplicable al suelo urbano y urbanizable. Según el citado precepto<sup>61</sup>: «*La ejecución del planeamiento garantizará la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados e implicará el cumplimiento de los siguientes deberes legales...* a) *Ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas...*»<sup>62</sup>. Son, pues, un mecanismo para alcanzar, con cierto grado de equidad<sup>63</sup>, en la actuación asistématica en suelo urbano consolidado.

Obviamente, quienes opinen que el suelo urbano tiene ya dotaciones suficientes y que es preciso incrementar las superficies destinadas a usos residenciales y terciarios, evitando, además, que toda esta regulación excesiva encarezca el producto final, rechazarán la técnica por consideraciones económico-filosóficas en las que no pretendemos entrar<sup>64</sup>, si bien apuntaremos que tal vez deberíamos intentar la novedosa experiencia histórica de hacer cumplir esa regulación para ver cuáles son sus verdaderos efectos sobre el mercado del suelo.

Pero mientras la legislación urbanística imponga a todos los dueños de suelo urbano el deber de ceder los terrenos destinados a determinados usos dotacionales y de equidistribuir las plusvalías y las cargas urbanísti-

---

<sup>61</sup> Considerado legislación básica por la disposición final única del TRLS de 1992 y no afectado, en el apartado que estamos tratando, por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

<sup>62</sup> Aunque el alcance de las dotaciones a ceder gratuitamente por los dueños de suelo urbano se incrementaron en virtud de la Ley 8/1990, desde la primera Ley del Suelo de 14 de mayo de 1956 –art. 67.3.a)–, pasando por la Ley de Reforma 19/1975 –art. 67.3.1.º, que pasaría luego al 83.3.1.º del TRLS de 1976–, el entendimiento de que los dueños de suelo urbano debían estar sometidos al deber de ceder gratuitamente el suelo destinado a determinados usos dotacionales ha sido una constante histórica.

<sup>63</sup> Pues, como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, «no existe en nuestro derecho urbanístico vigente (ni en el histórico) un auténtico y pleno derecho a la equidistribución». Tampoco en el Derecho comparado, añadiríamos nosotros.

<sup>64</sup> Esta posición, puede calificarse de cualquier manera pero nunca de novedosa, ya que, siendo la que parece inspirar la actual política urbanística de Madrid fue defendida con alguna anticipación por ELLICKSON, en su obra «Alternativas to Zoning: Covenants, Nuisance Rules and Fines as Land Use Controls», publicada, con toda coherencia, en la *University of Chicago Law Review*, núm. 40, año 1973. El autor citado llega a defender la utilidad de una estricta aplicación de las reglas del mercado en este ámbito con el argumento de que cuando una determinada área presenta una excesiva densificación poblacional sus residentes perciben las desventajas consiguientes y se marchan a vivir a otro sitio.

Lógicamente, el autor comentado se olvida de especificar que se marchan los que pueden, mientras que otros, menos dotados económicamente, sustituyen a quienes «votan con los pies» en la ocupación de edificaciones infrahumanas.

Por volver a nuestra propia experiencia histórica, quizá no resulte inconveniente recordar que ya en la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1956 se apuntaba la necesidad de resolver el problema relativo a la imposibilidad de disponer de terrenos amplios para destinarlos a espacios libres en interés del embellecimiento y de las condiciones sanitarias de los núcleos urbanos, así como la imposibilidad de hacer que los propietarios de esta clase de suelo cumplieran efectivamente con unos deberes de cesión que, aun siendo más reducidos que los aplicados a los dueños de suelo urbanizable, siempre estuvieron legislativamente consagrados.

cas, resultará lógico que la Administración busque los medios para hacer efectivo el cumplimiento de esa obligación. En este sentido, el sistema para conseguirlo regulado por el TRLS de 1992, declarado inconstitucional por supletorio en la STC 61/1997, «resucitado» retroactivamente por algunas Leyes autonómicas, y reproducido en otras, es una técnica no tan compleja como se la quiere presentar a veces, y, desde luego, mucho más respetuosa con la seguridad jurídica y con el principio de igualdad que las alternativas utilizadas frecuentemente para conseguir que los propietarios de suelo urbano cumplan con los citados deberes. A título de simple ejemplo, y con el deseo de contribuir a un más correcto encuadramiento de las TAUS en el conjunto del ordenamiento jurídico, conviene señalar que sus alternativas son las siguientes:

1.<sup>a</sup> *La expropiación de los terrenos con indemnización de su propietario*: parece el sistema más justo, pero al final no aparecen los recursos para pagar los correspondientes justiprecios, los terrenos no se llegan a expropiar, sino que se recalifican para usos lucrativos –normalmente vía convenio urbanístico–, y las dotaciones no se instalan en la medida prevista. La recuperación del justiprecio imponiendo contribuciones especiales a los propietarios especialmente beneficiados por la dotación a implantar en el suelo expropiado es una posibilidad que ha caído en el más completo desuso por los elevadísimos costes de gestión que se derivan de la fragmentación de la propiedad en el suelo urbano y la normal y numantina resistencia de los propietarios a pagar dotaciones que ya han sido instaladas<sup>65</sup>.

2.<sup>a</sup> *El convenio urbanístico en sus más variadas modalidades*: cada vez más floreciente en la legislación autonómica<sup>66</sup>, mediante esta técnica convencional los solares se recalifican siempre que el propietario acepte costear determinados servicios o expropiaciones: lógicamente no hay nada más opuesto a la seguridad jurídica y al principio de igualdad que estos convenios, ya que pueden concertarse con unos propietarios mientras se opta por expropiar a otros, y, además, nunca podrá garantizarse que las condiciones impuestas para obtener una determinada edificabilidad sean similares con independencia de quien sea el propietario con quien se concierte el acuerdo.

3.<sup>a</sup> *Otras versiones de las TAUS mucho menos respetuosas con la seguridad jurídica y con la igualdad de todos los propietarios de suelo urbano*: entre éstas podríamos citar la contemplada en el artícu-

<sup>65</sup> En las contribuciones especiales el desembolso se exige cuando normalmente la plusvalía derivada de la actuación urbanística ya ha sido obtenida, y entonces los propietarios se preguntan, como destacara BALLBE en sus «Comentarios sobre la Ley del Suelo», publicado en *Jornadas Municipalistas en las Islas Canarias*, Las Palmas, 1957, pp. 10-11: «si el beneficio ya se obtuvo, ¿para qué pagar?».

<sup>66</sup> Por ejemplo, artículos 140 a 142 de la Ley Foral navarra 10/1994, 74 a 77 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, y disposición adicional sexta de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalidad Valenciana, reguladora de la Actividad Urbanística.

lo 78 de la Ley Valenciana, según el cual «los Municipios podrán, por razones de interés público local, transmitir, directamente y en metálico, el excedente de aprovechamiento radicado sobre parcelas o solares urbanos, con motivo de la solicitud de licencia de edificación. Esta solicitud se acompañará de una oferta de venta al patrimonio municipal de suelo de la propia parcela o solar para la que se solicite licencia, por precio unitario que mejore el propuesto por el solicitante como valor de adquisición de aquel excedente. La solicitud hará constar la justificación de gastos habidos con motivo de la petición de licencia, incluidos los del proyecto técnico. La oferta de venta adjunta la suscribirá quien acredite la titularidad y capacidad civil para efectuarla. El Municipio podrá aceptar la oferta de venta pagando –por metro cuadrado de excedente de aprovechamiento– e indemnizándole, además, los gastos justificados que hubiera acreditado...». Sinceramente creemos que poco comentario merece la diferencia entre semejante texto y el derecho de adquirir a valor urbanístico el aprovechamiento necesario para agotar la edificabilidad de la parcela, que atribuye a los propietarios los artículos 195 del TRLS de 1992 y el 201 de la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio.

#### b) ASPECTOS QUE ABORDAREMOS EN ESTE TRABAJO

Teniendo en cuenta la variada cantidad de cuestiones que las TAUS y su reflejo registral pueden plantear, que en su momento publicamos una obra monográfica en la cual se llevaba a cabo un extenso desarrollo de las mismas, y que en esa obra ya expusimos con algún detalle nuestra posición y la de los autores que se habían ocupado de abordar esas cuestiones<sup>67</sup>, nuestra atención se limitará ahora al comentario de tres aspectos concretos de la regulación llevada a cabo por los artículos 33 a 42 de las NCRH –que son los dedicados al acceso registral de las TAUS–. Estos aspectos van a ser los relativos al acceso al Registro de la venta directa de aprovechamientos por la Administración, tratamiento de los derechos reales que afectan a las parcelas de las cuales el aprovechamiento procede y a las cuales se desplaza<sup>68</sup>, y actividad fiscalizadora de la Administración en relación con las TAUS. En su exposición nos remitiremos de manera frecuente a nuestro trabajo monográfico, intentando evitar al mismo tiempo la reiteración y la ligereza.

---

<sup>67</sup> Se trata, concretamente, de la monografía *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Madrid, 1995.

<sup>68</sup> Aun cuando este modo de expresarse no deja de ser una sencilla parábola desmentida por la imposibilidad de oponer la posición jurídica del titular del aprovechamiento transferible a cualquier otro sujeto distinto de la Administración, dada la imposibilidad de concretar ese derecho sobre la parcela en virtud de cuya titularidad se atribuye a su dueño ni sobre ninguna otra concreta y determinada –como destacamos en nuestro trabajo *El aprovechamiento...*, cit., pp. 311-335.



## B) LAS VENTAS DIRECTAS DE APROVECHAMIENTOS POR LA ADMINISTRACIÓN EN LAS NCRH

### a) REGULACIÓN LLEVADA A CABO POR LAS NCRH

El precepto fundamental acerca del reflejo registral de estas operaciones es el artículo 41 de las NCRH<sup>69</sup>, de conformidad con el cual «*sin perjuicio del cumplimiento de las reglas de disposición de sus bienes, en las transferencias que realice la Administración respecto de aprovechamientos inscritos a su favor en folio independiente se observarán las siguientes reglas:*

1.<sup>a</sup> *Será título suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad la certificación administrativa del acuerdo de transferencia o la escritura pública notarial, acompañada, en cada caso, de la certificación del asiento practicado en el Registro Municipal de Transferencias de Aprovechamiento, en el que consten las circunstancias a que se refiere el artículo 2 de este Reglamento.*

2.<sup>a</sup> *La inscripción se practicará en el folio correspondiente a la finca cuyo aprovechamiento acrece y dará lugar a la cancelación del folio independiente abierto al mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior. En el asiento de cancelación se harán constar los datos registrales correspondientes a la finca de destino. Cuando la transmisión tuviere por objeto solamente una parte del aprovechamiento inscrito en un solo folio, se tomará en el mismo nota marginal en la que constarán las unidades de aprovechamiento transmitidas, las unidades que subsisten inscritas a favor de la Administración y los datos registrales correspondientes a la finca de destino de las unidades transmitidas».*

### b) LA APERTURA DE FOLIO AL APROVECHAMIENTO TRANSFERIBLE ADQUIRIDO POR LA ADMINISTRACIÓN

La constancia de las unidades de aprovechamiento que vaya adquiriendo la Administración en un folio registral abierto expresamente plantea un importante inconveniente: como regla general, la finca registral, es decir, lo que abre folio en el Registro, ha de coincidir con una finca en sentido material, es decir, con una porción de la superficie terrestre acotada por una línea poligonal cerrada, y cuya extensión en sentido vertical, al menos hasta un cierto espesor, conforma un único objeto en el tráfico jurídico<sup>70</sup>. Sabemos que la Ley lo puede todo menos convertir a una

<sup>69</sup> Aun cuando los artículos 39 y 40 guarden también directa relación con el tema planteado y la regulación de las llamadas «transferencias coactivas de aprovechamientos», contenida en el artículo 38, presente también cierta proximidad, al ser consecuencia lógica y directa de los mismos principios contemplados en aquéllos.

<sup>70</sup> Como es sabido, la extensión de ese «cierto espesor» hacia arriba y hacia abajo se ha ido modulando desde la extensión ilimitada cuya proclamación se atribuye a los posglosadores, hasta su posterior determinación de acuerdo con conceptos jurídicos indeter-

mujer en hombre –porque quizá ya esté a su alcance el convertir a un hombre en mujer–, y que ese poder del legislador implica la apertura de folio a objetos de derecho que no necesariamente se corresponden con ese concepto de finca en sentido material, pero esos supuestos –contemplados principalmente en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, aunque también en el artículo 44 del Reglamento Hipotecario– deberían considerarse como excepciones a la regla general, y como tales no susceptibles de extensión a otros supuestos, ni siquiera cuando sean análogos <sup>71</sup>.

Decimos esto porque el único apoyo legal de la previsión contenida en el artículo 41 de las NCRH, acerca de la apertura de folio independiente al aprovechamiento perteneciente a la Administración, viene constituido por el artículo 203.6 del TRLS de 1992 <sup>72</sup>, que establece la apertura de folio independiente al aprovechamiento correspondiente a los terrenos que son objeto de ocupación directa <sup>73</sup>. Sin embargo, este aprovechamiento que abre folio tiene unas características tan radicalmente diferentes del aprovechamiento que constituye el objeto de una TAU, que la imposible aplicación analógica no podría ni siquiera plantearse.

Y es que, en efecto, entre el derecho del propietario de un terreno que ha sido objeto de ocupación directa y el que corresponde al titular de una parcela con exceso de aprovechamiento apropiable sobre ese exceso sólo existe una similitud: la de cuantificarse en unas unidades de medida convencionales que han dado en denominarse aprovechamientos urbanísticos. Porque el aprovechamiento urbanístico, sin más precisión, no es más que eso: medida cuantitativa de un derecho cuya naturaleza sólo puede determinarse por la situación de poder jurídico que atribuye a su titular.

Así como el litro es la medida de un líquido pero nada nos dice acerca de la cualidad de éste, no será igual ostentar el derecho a 100 metros cuadrados de aprovechamiento urbanístico en tanto titular de un terreno en el cual se va a actuar por expropiación, que tener esa misma cuantía de aprovechamiento como titular de un solar edificable cuyo aprovechamiento materializable son 100 metros cuadrados: en los dos casos tenemos derecho a un aprovechamiento urbanístico de 100 metros cuadrados, pero

---

minados, tales como las exigencias del uso ordenado y regular de la finca (Werenberg), la efectiva satisfacción del interés práctico del propietario (Ihering) o lo que las fuerzas o facultades humanas y la naturaleza de los objetos reclame (Hesse). Para el más detallado análisis del tema resulta imprescindible remitirse al clásico trabajo de JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 1, 1925.

<sup>71</sup> De acuerdo con el artículo 4.2 del Código Civil.

<sup>72</sup> Considerado legislación básica por la disposición final única del citado texto legal y no afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

<sup>73</sup> Concretamente, el citado precepto establece que «simultáneamente a la inscripción a que se refiere el número anterior, se abrirá folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca ocupada según la certificación, y a dicho folio se trasladarán las inscripciones de dominio y demás derechos reales vigentes sobre la finca con anterioridad a la ocupación». La inscripción referida al comienzo del párrafo sexto del citado artículo es la de la finca ocupada a nombre de la Administración.

mientras que en el primero esa medida opera como medida convencional del equivalente económico que la Administración ha de satisfacer, en el segundo es delimitación del derecho a edificar en el solar.

El dueño de suelo destinado a sistemas generales o dotaciones locales que ha sido objeto de ocupación directa tiene el derecho a incorporarse en una unidad de ejecución concreta sometida a reparcelación<sup>74</sup>, en igualdad de derechos frente a los demás propietarios de esa unidad de ejecución, pese a que éstos lo sean de terrenos incluidos en la misma. La medida de su aprovechamiento se satisfará, como la de los demás propietarios, mediante la adjudicación de las parcelas de resultado que le correspondan en atención a su aprovechamiento. Su derecho a intervenir en las actuaciones orientadas a constituir la Junta de Compensación, o en las votaciones de dicho órgano, así como su deber de contribuir a la realización de la obra urbanizadora, es idéntico al de los restantes propietarios<sup>75</sup>. En otras palabras: la situación de estos propietarios sólo difiere de la de los restantes miembros de esa especial comunidad formada por los afectados por el Plan que se está ejecutando<sup>76</sup> en la carencia de una situación posesoria que tampoco ostentarán los demás propietarios cuando la Junta o la Administración ocupe sus terrenos para ejecutar materialmente las obras de urbanización.

La apertura de folio, en este caso, se orienta a salvar una situación meramente transitoria: la que se da en el tiempo que ha de mediar entre la ocupación del suelo dotacional y la adjudicación de una parcela de resultado en favor del dueño del suelo ocupado, como consecuencia de la aprobación del expediente equidistributivo que corresponda –reparcelación o compensación–, adjudicación que, además, lo será de una parcela situada en la unidad de ejecución donde el «ocupado» va a satisfacer su derecho.

Durante la vigencia del texto refundido de 1976 también existía la posibilidad de ocupar directamente los terrenos destinados a la instalación de sistemas generales, pero la misma situación interina a que ahora estamos aludiendo se regulaba por el Reglamento de Gestión Urbanística haciendo constar la ocupación mediante nota marginal y dejando vigente la inscripción de propiedad a nombre del «ocupado», que podía hacer constar en el mismo folio las unidades de aprovechamiento que le correspondían. Fue la Ley 8/1990, de 20 de julio, la que vino a establecer, en

---

<sup>74</sup> Así se deduce, con toda claridad, del artículo 203.2 del TRLS de 1992, así como del apartado 3, regla segunda, apartado c) del propio texto legal.

<sup>75</sup> El artículo 159.2 del Reglamento de Gestión Urbanística impone computar las superficies ocupadas a propietarios de suelo exterior al polígono, que hayan de hacer efectivos sus derechos en el mismo, a efectos de determinar la concurrencia del 60 por 100 de superficie exigida para la constitución del sistema. El artículo 163.3 del propio texto establece el derecho a formar parte de la Junta de Compensación de los propietarios de suelo destinados a sistemas generales, cuando sus derechos hayan de hacerse efectivos en el polígono objeto de actuación por este sistema.

<sup>76</sup> Y aludida por Díez-PICAZO, en «Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad», Boletín del Colegio Nacional de Registradores, año 1973.

su artículo 59, el nuevo mecanismo que luego habría de pasar al artículo 203 del TRLS de 1992, principalmente para clarificar mediante una norma con el rango legal suficiente para crear fincas registrales especiales, una situación que podía inducir a error a los terceros, incapaces de saber si adquirirían una parcela o un derecho a incorporarse en determinada unidad de ejecución.

Si pasamos ahora al concreto poder que se atribuye al titular de una parcela con edificabilidad real nula o inferior al aprovechamiento apropiable situada en suelo urbano y que no ha sido objeto de ocupación directa, es decir, el poder jurídico que se otorga al titular de una cantidad de aprovechamiento llamado a ser transferido, y si no nos detenemos en una global calificación de «aprovechamiento urbanístico» que está haciendo auténticos estragos entre autores proclives a admitir la existencia de semejante unidad de medida como si fuera un derecho, nos damos cuenta de que ese poder no consiste en modo alguno en ser adjudicatario de una parcela donde poder materializar el aprovechamiento que no puede edificar en la suya: sólo vincula a la Administración, que habrá de expropiar la correspondiente cantidad de aprovechamiento no materializable, en el caso de que su titular no pueda transmitirlo a otro propietario. ¿Dónde está la similitud que permitiría extender analógicamente la norma establecida en un texto de rango legal para el aprovechamiento de los terrenos objeto de ocupación directa al aprovechamiento que es objeto de una TAU?, podríamos preguntarnos, ¿o es que acaso cambia la naturaleza de este aprovechamiento por el hecho de que su titular sea la Administración? <sup>77</sup>.

De todos modos, éste no es el único caso en el cual se admite por las NCRH que un derecho de naturaleza crediticia abra folio: el aprovechamiento representativo de una futura línea en formación que el Ayuntamiento ha de entregar –contemplado en el artículo 44 de las NCRH– es otro peculiar caso de estralimitación reglamentaria.

c) LA VENTA DIRECTA DE APROVECHAMIENTOS GENÉRICOS POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDE ACCEDER AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

De la lectura del artículo 41 de las NCRH se deduce, con toda claridad, que sólo accederá al Registro de la Propiedad la venta directa de aprovechamientos por la Administración cuando el objeto de esa venta sea un

---

<sup>77</sup> Las pp. 259 a 353 de *El aprovechamiento transferible*, cit., se dedican a precisar las cualidades de este derecho, a partir de la regulación de las TAUS que llevaba a cabo el TRLS de 1992. Nuestra perspectiva siguió el camino opuesto al seguido por cuantos autores se citan en dicha obra, y que parten de una consideración que no dudamos en calificar como apriorística –aunque sea desde el respeto que nos merecen y desde la gratitud que les expresamos por su siempre clarificadoras aportaciones–: la univocidad del concepto de aprovechamiento urbanístico y su ubicación entre los derechos reales de trascendencia inmobiliaria a todos los efectos.

aprovechamiento concreto y previamente inscrito a favor de aquélla. Esto implica la necesidad de que ese aprovechamiento proceda de una parcela determinada con exceso de aprovechamiento respecto al efectivamente materializable según el Plan<sup>78</sup>. La solución parece plenamente correcta desde la perspectiva del principio de especialidad vigente en Derecho hipotecario y de la consideración del aprovechamiento transferible como un derecho real de naturaleza inmobiliaria. Pero quien mantenga esa forma de configurar las ventas directas como la única conforme con el ordenamiento jurídico, habrá llevado a cabo una interpretación abrogatoria del sistema de TAUS establecido por el legislador, porque *simplemente es imposible que las TAUS puedan funcionar de este modo sin paralizar la ejecución del Plan o suponer la ruina económica para la Administración*.

Ello será así en tanto el respeto de las situaciones consolidadas al amparo de planeamientos anteriores –por no mencionar la naturaleza indemnizatoria por la desigual distribución de la edificabilidad que nosotros defendemos para el aprovechamiento transferible<sup>79</sup>–, imponga la existencia de una norma como la contemplada en el artículo 99.1 del TRLS de 1992, según la cual «*la aplicación efectiva del aprovechamiento-tipo correspondiente... y de las transferencias de aprovechamientos vinculadas a éste, tendrá lugar, en los terrenos ya edificados... cuando se proceda a sustituir la edificación existente*». En similares términos se manifiestan las Leyes 20/1997 de Madrid –artículo 2.7–, 5/1997 de Castilla-La Mancha –artículo 24–, 3/1997 del País Vasco –Disposición Adicional Única– y 1/1997 de Galicia –artículo 87.2–.

Incluso nos atreveríamos a decir que una cláusula semejante ni siquiera habría de constar de forma expresa, habiendo de entenderse que es un requisito implícito en el propio mecanismo de gestión del suelo urbano que las TAUS representan: porque, en tanto sistema vinculado a la ejecución del Plan, si no existe actividad edificatoria no hay ejecución del Plan, y, por lo tanto, la consecuencia lógica será que tampoco es posible transferir aprovechamiento alguno<sup>80</sup>. La cláusula a que nos estamos

<sup>78</sup> Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 40 de las NCRH, regulador de la inscripción de aprovechamientos correspondientes a la Administración, al disponerse en su párrafo núm. 2 que «en el folio abierto al aprovechamiento deberán constar, en todo caso, los datos registrales de la finca de que procede el aprovechamiento y, en el caso de que proceda de varias, las unidades correspondientes a cada finca de origen».

<sup>79</sup> Y que claramente se deduce de los ejemplos de derecho comparado en los cuales se establece un sistema similar, como expusimos con el debido detalle en nuestro trabajo *El aprovechamiento urbanístico transferible*, cit.

<sup>80</sup> Este entendimiento permite salvar el olvido de los redactores de la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, que quizá confiando en el Derecho supletorio estatal no transcribió el artículo 99 del TRLS de 1992 entre los preceptos dedicados al cálculo del aprovechamiento-tipo y a la delimitación de áreas de reparto (arts. 100 a 104 de la norma autonómica y 94 a 100 del TRLS de 1992).

En cuanto a la posibilidad de entender que la sustitución de la edificación no es un requisito para transferir el exceso de aprovechamiento apropiable, *vid.* LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA, en *El aprovechamiento urbanístico*, Madrid, 1995. Para una más completa visión crítica de la posición de los citados autores en relación con el tema que nos ocupa, *vid.* nuestro trabajo *El aprovechamiento transferible*, cit., especialmente nota a pie de la p. 282.

refiriendo es, además, imprescindible para evitar el absurdo caos derivado de una regulación que convirtiera a todos y cada uno de los solares existentes en suelo urbano, tanto si se encuentran edificados como si no lo están, en adquirentes o transmitentes de aprovechamientos cada vez que se aprueba un nuevo plan de urbanismo.

Ahora bien, junto a todas esas virtudes, la imposibilidad de transferir aprovechamientos o la innecesaria de adquirirlos mientras no se sustituyan las construcciones en los terrenos ya edificados, tiene una consecuencia indeseable: la de hacer perfectamente posible que en un momento determinado de la ejecución del Plan no exista ninguna parcela concreta en situación de transferir aprovechamientos, ni a la Administración ni a otro particular.

Siendo evidente, y, matemáticamente demostrable además, que esta situación puede darse, especialmente si el área de reparto incluye parcelas edificables con aprovechamiento lucrativo real pero inferior al apropiable, y habiéndonos ocupado ya de suministrar todo tipo de ejemplos acerca de tal posibilidad<sup>81</sup>, nos atrevemos a afirmar aún más: la escasez o inexistencia de oferta de aprovechamientos en alguna fase de ejecución del Plan no sólo es algo posible, ni tan siquiera probable, sino que es un elemento consustancial a la puesta en práctica de un sistema de gestión del suelo urbano basado en las TAUS. Y existen dos motivos que nos inducen a hacer una afirmación que sólo a primera vista puede parecer atrevida:

a) Sin tener facultades adivinatorias resulta imposible que la Administración prevea el ritmo de sustitución de las edificaciones en las parcelas oferentes y demandantes de aprovechamientos hasta el extremo de que pueda planificar de manera que en cada instante de la ejecución del Plan la oferta de aprovechamientos coincida con la demanda.

b) Teniendo en cuenta lo anterior, y si consideramos además que todos los excesos de aprovechamiento apropiable en relación con el materializable de las parcelas cuyos propietarios sustituyan la edificación o edifiquen durante la vigencia del Plan, debe ser expropiado por la Administración en los términos establecidos por los artículos 188.2 y 3 del TRLS de 1992<sup>82</sup>, para garantizar la situación jurídica de los corres-

---

<sup>81</sup> Como supuesto práctico de esta posibilidad, *vid.* la nota a pie de la p. 284 de *El aprovechamiento transferible*, cit.

<sup>82</sup> Declarado nulo por la STC 61/1997, de 20 de marzo, sólo por haber sido calificado como derecho supletorio por el legislador ordinario, sin entrar a analizar la posibilidad de que la garantía expropiatoria contemplada pudiera ampararse en la competencia exclusiva estatal sobre legislación expropiatoria –contemplada en el art. 149.1.18 de la Constitución Española–. Curiosamente, esa misma garantía expropiatoria, establecida en relación con los terrenos destinados a dotaciones locales y sistemas generales en el art. 202, apartados 1 a 4, del TRLS, considerado de aplicación plena por la disposición final única del propio texto legal, fue estimada conforme con la Constitución por la misma Sentencia citada. Este gravísimo problema de la STC 61/1997: declarar la nulidad de todos los preceptos que el TRLS de 1992 calificaba como Derecho supletorio sin entrar a analizar si tal calificación era o no correcta, como si el legislador ordinario pudiera alterar por esta vía la distribución competencial operada por la Constitución, concurre no sólo en relación con el precepto del cual ahora nos estamos ocupando, sino con muchos otros del texto refundido.

pondientes propietarios<sup>83</sup>, resultará que el más elemental criterio de «prudencia presupuestaria» parece aconsejar que la Administración planifique con tendencia hacia la escasez relativa de oferta. Porque así no se verá abocada al desastre económico si la sustitución de la edificación en las parcelas con exceso de aprovechamiento real respecto al apropiable resulta ser más lento de lo esperado, obligándole a indemnizar muchos aprovechamientos que no podrán ser «colocados» en las parcelas con exceso de aprovechamiento materializable.

Ante tan evidente argumentación, pueden defenderse tres alternativas:

– La primera será la de quienes están convencidos de que tanta regulación no hace sino encarecer la vivienda y de que en la ciudad ya existen dotaciones de sobra. Si las TAUS sólo pueden funcionar permitiendo que la Administración venda aprovechamientos antes de adquirirlos, lo mejor es que las TAUS no se apliquen.

– La segunda, más respetuosa con el derecho vigente y con una aplicación de las normas que no conduzca a su derogación en la práctica, consistiría en insistir en que la Administración no pueda transmitir aprovechamientos que previamente no ha adquirido, pero asumiendo que, ante los eventuales estrangulamientos de la oferta, la edificación de las parcelas con exceso de aprovechamiento real se limite, si ello es posible, a la cuantía del aprovechamiento apropiable por sus titulares, y, si esa limitación no es posible, que la edificación se paralice hasta que se sustituya la edificación en alguna parcela con aprovechamiento apropiable superior al materializable<sup>84</sup>.

– La tercera consiste, obviamente, en admitir que la Administración transmita aprovechamientos «anticipadamente» y a cargo de los que pueda adquirir cuando sus titulares sustituyan la edificación.

La primera alternativa nos parece carente de contenido jurídico. La segunda solución resulta inasumible por el grave perjuicio ocasionado al interés público –consistente en que toda la edificación posible se materialice, para incrementar la oferta de edificaciones–, y a los mismos propietarios de parcelas con exceso de aprovechamiento real en relación con el apropiable. Por lo tanto, sólo nos parece lógico defender la última alternativa planteada, es decir, la consistente en admitir que la Administración venda aprovechamientos aún no adquiridos, e incluso que nunca adquirirá, si al modificarse el Plan y como consecuencia de la evolución

---

<sup>83</sup> Artículo 194.2 de la Ley Foral Navarra 10/1994, artículo 3.3 de la Ley 20/1997 de Madrid, artículo 49.3 de la Ley 5/1997 de Castilla-La Mancha.

<sup>84</sup> La posibilidad de que la edificación pueda limitarse al aprovechamiento apropiable dependerá de que la normativa urbanística establezca o no unas condiciones mínimas de volumen o altura para determinadas áreas y de que esas condiciones puedan cumplirse o no sin adquirir aprovechamientos. En este sentido se expresa el artículo 191 del TRLS de 1992, declarado inconstitucional por supletorio según la STC 61/1997 y el artículo 197 de la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio.

de la edificación en las parcelas «oferentes» y «demandantes» de aprovechamientos, se produjera un déficit de éstos<sup>85</sup>.

Naturalmente esta solución implica un riesgo que no parece haber escapado a los redactores de las NCRH, y que tampoco escapa a nadie que se aproxime a las TAUS con auténtica vocación científica: el de que la Administración se exceda en su «prudencia presupuestaria», concentrando elevados aprovechamientos reales en los solares sin edificaciones o con edificaciones ruinosas e incluyendo esos solares en áreas de reparto no homogéneas y que incluyan viviendas unifamiliares de muy reciente edificación<sup>86</sup>. Planificando así, sólo se sustituirá la edificación en las parcelas con exceso de aprovechamiento real, mientras que no existirán prácticamente parcelas con aprovechamiento real inferior al materializable que vayan a sustituir la edificación durante la vigencia de ese Plan —recuérdese que las viviendas de baja edificabilidad real son recientes—.

Por si fuera poco, la inclusión de esas parcelas, recientemente edificadas y con bajo aprovechamiento real, produce otro efecto beneficioso para la voracidad recaudatoria de la Administración: su baja relación aprovechamiento-superficie reduce la cuantía del aprovechamiento—tipo del área de reparto, y, por lo tanto, incrementa la diferencia entre esta magnitud y el aprovechamiento real de los solares que van a ser edificados. Este efecto aumenta consiguientemente la cantidad de aprovechamientos que sus propietarios han de comprar al único oferente: la Administración.

Como resultado de ambos factores se obtiene que la Administración está planificando no ya con un criterio de prudencia, sino con la deliberada intención de obtener ingresos con la venta directa sin tener que destinarlos a indemnizar a nadie<sup>87</sup>. Ahora bien, siendo clara esta posibilidad de fraude, también nos parece indudable que su evitación ha de procurarse mediante la formulación de alegaciones a lo largo de la tramitación del Plan que delimite así las áreas de reparto, o bien mediante la impugnación del mismo ante los tribunales configuradores de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ¿o acaso estamos dispuestos a admitir,

---

<sup>85</sup> Porque, en definitiva, el aprovechamiento no es un derecho real sobre bienes inmuebles, sino un crédito o una deuda que se ostenta en relación con los demás propietarios por la diferente atribución de la edificabilidad real, pero cuya personificación ostenta la Administración. Sobre esta configuración del aprovechamiento objeto de una TAU, *vid. El aprovechamiento transferible*, cit., pp. 332-336.

<sup>86</sup> A la posibilidad de fraude aludimos con mayor detalle en las pp. 296 a 300 de nuestro reiterado trabajo *El aprovechamiento transferible*.

<sup>87</sup> Incluso en este caso la Administración tiene un límite: la demanda total de aprovechamientos procedente de las parcelas con exceso de aprovechamiento materializable. Es mucho más seguro el mecanismo que la expedición de títulos negociables que representan aprovechamientos ficticios y que, finalmente, han de ser indemnizados al endosatario, constituyendo verdaderos títulos de deuda municipal, posibilidad que, curiosamente, ha parecido merecedora de un tratamiento registral mucho más favorable: ese aprovechamiento representativo de una futura parcela —crédito consistente en que la administración de una superficie inconcreta de suelo y siempre de dudoso cobro— abre folio según el ya mencionado artículo 44 de las NCRH.



hasta sus últimas consecuencias, el razonamiento de que cualquier mecanismo jurídico potencialmente fraudulento ha de eliminarse del ordenamiento? <sup>88</sup>.

d) INNECESARIEDAD DE QUE LAS VENTAS DIRECTAS DE APROVECHAMIENTOS ACCEDAN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como vimos con anterioridad, la regulación de las NCRH impone que el aprovechamiento transferido por la Administración a través de las ventas directas sea un aprovechamiento concreto, procedente de una parcela concreta, e inscrito previamente en folio *ad hoc*. Pero dada la naturaleza de las NCRH, hay que entender todas esas exigencias simplemente como requisitos para que las ventas directas puedan ser inscritas en el Registro de la Propiedad, inscripción que, tratándose de esta clase de TAUS, no plantea el mismo interés que cuando nos encontramos ante la compra directa de aprovechamientos por la Administración —situación contraria a la venta directa—, o ante una TAU celebrada entre particulares. Y esta excepción a la normal trascendencia del acceso al Registro de la Propiedad de las TAUS la justificamos en los motivos siguientes:

1.º Al no poder considerarse que la inscripción de las TAUS en el Registro de la Propiedad tenga carácter constitutivo, y tampoco que pueda predicarse de la misma ninguna clase de obligatoriedad, como ya fundamentamos reiteradamente en otras ocasiones <sup>89</sup>, la venta directa será perfectamente válida y eficaz sin necesidad de este trámite. Al menos, entre el comprador del aprovechamiento y la Administración.

2.º El aprovechamiento adquirido no puede ser transmitido nuevamente con independencia de la parcela a la cual se incorpora, ya que al menos así se deduce claramente de la regulación contenida en el TRLS

---

<sup>88</sup> Acerca del otro inconveniente que puede derivarse de aceptar que la Administración venda aprovechamientos no adquiridos previamente: el de que bloquee el mercado de los propietarios de parcelas con exceso de aprovechamiento apropiable que ya estén en disposición de poder transferirlo, y resumiendo al máximo los argumentos expuestos en *El aprovechamiento transferible*, ob. cit., pp. 301 a 309, podemos decir que:

1.º Estos propietarios siempre tendrán un mercado si acceden a vender por debajo del valor urbanístico del aprovechamiento —que es el precio al cual ha de vender la Administración—, de manera que a los potenciales adquirentes les compense el mayor riesgo derivado de adquirir a un particular.

2.º Si antes de la regulación de las TAUS no se discutió la constitucionalidad de las normas que condenaban al dueño de suelo calificado como dotacional, y que, por lo tanto, no puede edificar nada en absoluto, a esperar que la Administración le expropiara, o a iniciar el expediente de justiprecio en términos menos favorables que los establecidos hoy para instar la expropiación del exceso de aprovechamiento no materializable, menos difícil parece justificar la conformidad constitucional de la situación del dueño de un exceso de aprovechamiento apropiable que puede edificar algo en su parcela.

<sup>89</sup> En *El aprovechamiento transferible*, pp. 367-373, donde se contiene una compleja panorámica en relación con las posiciones doctrinales sobre el particular que resulta imposible resumir ahora con la necesaria rigurosidad.

de 1992, en la Ley Foral Navarra 10/1994 y en la Ley 5/1997 de Castilla-La Mancha<sup>90</sup>. Por otro lado, la posibilidad de que cualquier demandante pueda comprar a la Administración el aprovechamiento necesario para agotar la edificabilidad de su parcela, pagándolo de acuerdo con valoraciones objetivas, convierte al aprovechamiento transferible en un bien muy poco propicio para atraer a los especuladores<sup>91</sup>. Puestas así las cosas, el aprovechamiento adquirido sólo tiene como sujeto pasivo a la Administración, limitándose su utilidad a conferir al adquirente el derecho a obtener la oportuna licencia para materializarlo en la parcela «receptora», que, recordémoslo, ya era suya: ¿resulta imaginable entonces que la Administración se niegue a reconocer al propietario de la parcela como titular de un aprovechamiento que ella misma le vendió? Sinceramente creemos que no: la protección puede necesitarla la Administración cuando compra directamente a un particular<sup>92</sup> y también, evidentemente, un particular que compre a otro el aprovechamiento transferible de una parcela concreta y determinada<sup>93</sup>, pero nunca el particular que compra precisamente al sujeto público llamado a satisfacer la utilidad que el aprovechamiento adquirido representa.

3.º La falta de inscripción de la venta directa tampoco podría conllevar la negativa del Registrador a inscribir lo que de verdad interesa inscribir a todo adquirente de aprovechamientos, es decir, la declaración de obra nueva en construcción. Por los siguientes motivos:

a) Porque para esa inscripción sólo se necesita cumplimentar los requisitos establecidos por el artículo 37.2 del TRLS de 1992, desarrollados en los artículos 45 a 55 de las NCRH, y en modo alguno, acreditar la titularidad de los aprovechamientos precisos para materializar la obra declarada.

---

<sup>90</sup> Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 187 y 188 del TRLS de 1992, 193 y 194 de la Ley Foral Navarra 10/1994 y 48 y 49 de la Ley de Castilla-La Mancha 5/1997. Para un mayor detenimiento en la defensa de esta restricción al tráfico de aprovechamientos, *vid. El aprovechamiento transferible*, cit., principalmente en pp. 338-340.

<sup>91</sup> Sólo cabría especular sobre el alza de las valoraciones catastrales, que constituye la base del valor del aprovechamiento. Pero es obvio el escaso atractivo de semejante inversión.

<sup>92</sup> Para evitar, por ejemplo, la venta a la Administración del exceso de aprovechamiento apropiable sobre el materializable, y a otro sujeto de la parcela «transmisora», de modo que ese otro sujeto pueda pretender ser un tercer adquirente protegido por la fe pública en relación con el aprovechamiento previamente comprado por la Administración.

En el caso de que el aprovechamiento comprado por la Administración sea el correspondiente a una parcela dotacional, la necesidad de que la compra directa sea inscrita es aún mayor, porque la TAU es el soporte de la adscripción de la parcela a la Administración para la implantación del uso correspondiente. De todos modos, para un completo desarrollo de estas cuestiones, se recomienda la consulta de nuestro reiterado trabajo *El aprovechamiento transferible*.

<sup>93</sup> Para evitar que luego el que vendió el aprovechamiento venda la parcela o ese mismo aprovechamiento a un tercero que alegue frente a la Administración tener un mejor derecho a ese aprovechamiento por aplicación de la fe pública registral. Para una exposición más detallada de estos supuestos remitimos al lector a nuestra monografía *El aprovechamiento transferible*.

b) Porque la comprobación de la pertenencia de esos aprovechamientos se atribuye expresamente por el legislador a la Administración, en el trámite de concesión de licencia, y no puede ser calificada por el Registrador<sup>94</sup>.

c) Porque además, y como dispone el artículo 41 del TRLS de 1992, la carencia de los aprovechamientos necesarios para materializar la obra declarada, cuando existe licencia para ello, sólo conlleva la obligación de que el titular o sus causahabientes abonen a la Administración el valor urbanístico de dicho exceso, pero no supone vicio de legalidad alguno en relación con la edificación declarada y, por lo tanto, no puede nunca motivar el rechazo del Registrador a inscribir la declaración de obra nueva<sup>95</sup>.

e) CONSECUENCIA LÓGICA DE LOS DOS FACTORES ÚLTIMAMENTE CITADOS:  
LAS VENTAS DIRECTAS NO ACCEDERÁN, EN SU MAYOR PARTE,  
AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

A nuestro juicio, la conclusión citada parece absolutamente evidente. Pero ello no significa, en modo alguno, que la regulación de las NCRH nos parezca poco acertada: simplemente puede entenderse como estricta aplicación del principio de especialidad en la definición de los derechos –sean reales o de crédito– establecidos por la Ley Hipotecaria para el acceso de los mismos al Registro de la Propiedad, y que, obviamente, no puede cumplir la venta directa de un aprovechamiento que la Administración aún no adquirió, al no saberse la concreta parcela a la cual corresponderá hasta que se verifique la futura expropiación o compra.

Entendida así la previsión contenida en las NCRH, y teniendo en cuenta que a los redactores del citado texto no les ha podido pasar por alto la escasa aportación que puede derivarse de la inscripción registral en relación con las ventas directas efectuadas por la Administración, la solución normativa nos parece correcta: las ventas directas son perfectamente válidas y pueden cumplir su función de evitar la paralización del proceso edificatorio sin necesidad de que accedan al Registro de la Pro-

<sup>94</sup> Artículos 242.4 del TRLS de 1992 y 222.2 de la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

<sup>95</sup> Concretamente el citado precepto, considerado legislación básica y no afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo, establece que: «1. Si la edificación materializada y amparada en licencia fuera conforme con la ordenación urbanística, pero excediera de la correspondiente al aprovechamiento urbanístico a que tiene derecho su titular y no hubiera transcurrido desde su terminación el plazo que establezca la legislación urbanística aplicable o, en su defecto, el de cuatro años, el titular o sus causahabientes deberán abonar a la Administración el valor urbanístico de dicho exceso. 2. Sólo quedarán excluidos de la obligación establecida en el número anterior los terceros adquirentes de buena fe amparados por la protección registral, sin perjuicio de que, en estos casos, la Administración pueda reclamar el pago al propietario inicial de la edificación u otras personas que le hayan sucedido». Acerca de la importancia de este precepto para la interpretación del sistema de TAUS contemplado por el TRLS de 1992, *vid. El aprovechamiento transferible*, cit., pp. 292-293, 431-434 y 439-440.

iedad. Así, la inscripción de las TAUS puede reservarse para los supuestos en que lo transferido es un aprovechamiento concreto y determinado, porque en tales casos puede producirse una colisión entre varios adquirentes de un mismo aprovechamiento –evento imposible por definición cuando lo transferido es un aprovechamiento genérico– y porque es entonces cuando la aplicación de los principios hipotecarios resultará imprescindible para resolver el conflicto planteado.

### C) LOS DERECHOS REALES EXISTENTES SOBRE LAS PARCELAS AFECTADAS POR UNA TAU Y EL CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES DE CARGAS

#### a) REGULACIÓN LLEVADA A CABO POR LAS NCRH

Estas cuestiones se encuentran contempladas principalmente en los artículos 34 –apartados números 3 y 4– y 35 de las NCRH.

En el primero de los citados preceptos, al referirse a las circunstancias que han de constar en el título y en los asientos relativos al reflejo registral de las TAUS, se incluyen los siguientes aspectos:

«3. *Determinación de los derechos inscritos de las fincas de origen y destino que no queden afectados por la transmisión o distribución de aprovechamientos.*

4. *Determinación de los derechos inscritos que se trasladan en todo o en parte de la finca de procedencia del aprovechamiento transmitido o distribuido a la finca de destino.»*

Por su parte, el artículo 35 de las NCRH establece que «*a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, en la transferencia de aprovechamiento deberán consentir los titulares dominicales y de cualquier otro derecho o carga inscrito sobre la finca de origen y la de destino. Cuando la carga o gravamen cuyo traslado se pretende en virtud del convenio haya sido anotada en el Registro de la Propiedad en virtud de mandamiento judicial o resolución administrativa, la escritura de transmisión o distribución deberá ser aprobada por resolución firme de la autoridad que ordenó la anotación o inscripción del derecho real trasladado. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38 de este Reglamento».*

#### b) LA CARENCIA DE UNA NORMA DE DERECHO DISPOSITIVO ACERCA DE LOS EFECTOS DE UNA TAU SOBRE LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

Es lo primero que nos resulta destacable en la regulación llevada a cabo por las NCRH: los acuerdos de las partes serán la única ley en relación con la ausencia de afectación de los derechos reales limitados o su traslado total o parcial –junto con el aprovechamiento– desde la finca de

procedencia a la de destino. Esta primacía de la unánime voluntad de todos los afectados se proclama también, como vimos, al afrontar el problema de las cargas constituidas sobre las fincas que son objeto de un expediente de equidistribución<sup>96</sup>. Pero allí existe una normativa completa y que opera como derecho dispositivo para el caso de que esa voluntad unánime falte.

Lógicamente, si existiera una norma de derecho dispositivo que proclamara la inmunidad de determinados derechos reales limitados en relación con la transferencia del aprovechamiento, o bien que garantizara la ausencia de perjuicio para algunos de los titulares de tales derechos, el consentimiento de esos titulares podría obviarse. Sin embargo, si el artículo 34 de las NCRH nos dice que no existe más previsión acerca de la suerte de los derechos reales limitados cuyo objeto son las parcelas «transmisora» y «receptora» del aprovechamiento que la voluntad de sus titulares, la compra o venta de aprovechamientos no podrá perfeccionarse sin el consentimiento de todos los titulares de esas cargas, porque el acuerdo ha de extenderse también a la suerte que han de correr sus derechos.

Vistas así las cosas, el artículo 35 de las NCRH resulta absolutamente coherente con el artículo 34. Lo que se convierte entonces en pura incoherencia es el sistema delineado por las NCRH, porque a nuestro juicio sí que existe un derecho dispositivo, y porque ese derecho dispositivo consiste en la permanencia de las cargas en las parcelas con independencia de la TAU, o en su extinción, cuando la parcela gravada estuviera destinada a uso dotacional y pasara a adscribirse a la Administración como consecuencia de la transferencia de su aprovechamiento<sup>97</sup>. En esta cuestión, como en alguna otra, coincidimos plenamente con la opinión de Francisco Nuñez Lagos<sup>98</sup>, y en los siguientes epígrafes de este trabajo intentaremos fundamentar mínimamente nuestra opinión<sup>99</sup>.

c) LAS CARGAS Y DERECHOS REALES LIMITADOS, ¿AFECTAN DE MODO PRINCIPAL A LAS PARCELAS O A SU VALOR?

En el fondo de todo el problema que estamos analizando, y de la regulación contenida en las NCRH, late la hipótesis, a nuestro juicio y a pesar del respeto que nos merece el prestigio de sus defensores equivo-

<sup>96</sup> Artículo 11.8 de las NCRH, comentado en el epígrafe 3.e c.2 de este trabajo.

<sup>97</sup> Como se disponía en el artículo 199.2.a) del TRLS de 1992, declarado inconstitucional por supletorio en la STC 61/1997, de 20 de marzo, y como se dispone en el artículo 205.2.a) de la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio, así como en las Comunidades que hayan puesto en vigor retroactivamente el TRLS de 1992.

<sup>98</sup> En un trabajo que demuestra un profundo conocimiento por parte de su autor acerca de los problemas planteados por las TAUS. Se trata de «El aprovechamiento urbano y su transferencia», publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 1993, pp. 99-152.

<sup>99</sup> Desarrollada en las páginas 454 a 468 de *El aprovechamiento transferible*.

cada <sup>100</sup>, de que la transferencia del aprovechamiento implica que, junto con él, y en la proporción correspondiente al aprovechamiento «transferido», se desplacen también los derechos reales constituidos sobre la parcela transmisora. Por eso hacen falta los consentimientos de los titulares de cargas constituidas sobre ambas parcelas, ya que siempre habrá de determinarse el rango de las cargas transferidas en relación con el de las ya existentes sobre la parcela «receptora». Esta hipótesis, que parece considerar que los gravámenes se constituyen prioritariamente sobre el valor de las parcelas, y no sobre éstas, nos parece rechazable, al menos como regla general, por los siguientes argumentos:

*Primero.* Nos parece evidente que las cargas y gravámenes tienen como objeto la parcela, configurada como un único objeto de tráfico y que, pese a su definición meramente bidimensional, exige cierta extensión en sentido vertical: al menos hasta la medida representada por el interés del propietario digno de tutela. También limitan las facultades que tiene el propietario de satisfacer su interés actuando directamente sobre la cosa, y en este sentido se extienden al ámbito de facultades propio de todo derecho subjetivo y también del derecho real.

Ahora bien, el aprovechamiento que puede ser objeto de una TAU no puede confundirse ni con el espacio existente sobre la parcela —cada parcela tiene el suyo y ese espacio no puede ser desplazado de unas a otras—, ni tampoco con el ámbito de facultades que el propietario puede ejercer sobre la parcela gravada —el aprovechamiento transferible, por definición, no puede ser materializado sobre el terreno en virtud de cuya titularidad se atribuye.

Si los derechos reales recaen sobre la parcela considerada en su determinación física, y se manifiestan limitando el poder de actuar sobre la misma que se atribuye a su propietario, y si ninguno de esos factores se ve alterado por la TAU, la regla general acerca de la relevancia de dicha operación sobre las situaciones jurídico-reales limitadas nos parece absolutamente clara: esos derechos no se trasladarán en modo alguno a la parcela receptora, sino que habrán de permanecer sin alteración alguna en las parcelas sobre las que se constituyeron.

Otra cosa es que el aprovechamiento transferible tenga un valor —el que se deriva de que la Administración venga obligada a expropiarlo o de su negociación en el peculiar mercado de aprovechamientos—, y que

---

<sup>100</sup> Su principal valedor ha sido ARNAIZ EGUREN, autor cuya influencia en la regulación de las TAUS llevada a cabo por las NCRH parece evidente —también en aspectos que personalmente nos merecen un juicio muy favorable—, y cuyos trabajos «El acceso al Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico», publicado en *Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, Madrid 1991, pp. 215 y 241, y «El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y de su transferencia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 621, resultan indispensables —por encima de nuestra discrepancia con algunos aspectos de los mismos— para el entendimiento de los problemas que las TAUS plantean al ordenamiento inmobiliario.

por lo tanto su transferencia implique una disminución del valor de la parcela transmisora. Hay que proteger, entonces, a los titulares de cargas que guarden alguna relación con ese valor, y esta consideración nos llevará a la necesidad de exigir el consentimiento de esos titulares, pero sólo de ellos y no de todos. Además, su consentimiento se exigirá por estar previamente determinada la suerte que han de correr sus derechos, y no para determinar esa suerte.

*Segundo.* Porque defender que los gravámenes se desplazan con el aprovechamiento supone admitir la existencia de dos reglas diferentes para una misma operación, según el sujeto que adquiera el aprovechamiento: si es un particular, las cargas llegarán a posarse sobre su parcela porque vienen con el aprovechamiento que compra, pero si es la Administración, habrán de continuar limitando sus efectos solamente a la parcela transmisora, o bien extinguirse cuando dicha parcela se adscriba a la Administración como consecuencia de la TAU <sup>101</sup>. Por una sencilla razón: en las compras directas, por definición, no hay parcela «receptora».

*Tercero.* Porque entender que los gravámenes se desplazan con el aprovechamiento, y por lo tanto que se constituyen sobre el valor de mercado de la parcela, hace que resulte imposible de entender que en otros supuestos, en los cuales también concurre una disminución del valor de unas parcelas en beneficio de otras, no se defienda la misma traslación de cargas. Así, en los casos de compensación en metálico por diferencias de adjudicación en los expedientes reparcelatorios <sup>102</sup>: algunos titulares de parcelas originarias reciben parcelas de resultado cuyo valor no se corresponde exactamente con el de las que aportaron, debido a la imposibilidad de ajustar tanto las adjudicaciones o bien a que algunos propietarios de suelos edificadas con arreglo al plan han de ser adjudicatarios de la misma finca que aportan. Es evidente que entonces parte del aprovechamiento de unos propietarios va a ser atribuido como exceso a otros, y precisamente por ello se establecen indemnizaciones a metálico: existe una verdadera «transferencia patrimonial» del aprovechamiento subjetivo de unos propietarios a las parcelas adjudicadas a otros. Ahora bien, con independencia del derecho que pueda corresponder sobre la compensación a metálico a los titulares de cargas sobre las parcelas cuyos propietarios reciben menos aprovechamiento en favor de otros que reciben más, nadie ha defendido nunca, ni desde el ámbito urbanístico, ni desde el hipotecario, que esos titulares de gravámenes no hayan de soportar la disminución relativa del valor de la parcela adjudicada en relación con el de la originaria, cosa que podría evitarse haciendo que tales derechos pasaran a gravar parcialmente la parcela adjudicada al obligado a satisfacer la indemnización por el exceso de aprovechamiento que recibe.

---

<sup>101</sup> De acuerdo con los citados artículos 199.2.a) del TRLS de 1992 –aplicable en las Comunidades que lo hayan puesto retroactivamente en vigor– y 205.2.a) de la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio.

<sup>102</sup> Artículos 89, 90, 96, 100 y 116, todos ellos del Reglamento de Gestión Urbanística.

*Cuarto.* Saliendo del ámbito estrictamente urbanístico, y en los casos de accesión invertida, la Jurisprudencia viene otorgando al edificante que se extralimita de buena fe el derecho a comprar la porción de finca ajena ocupada. Se trata de un caso en el cual no sólo hay reducción del valor de la parcela ajena sobre la cual se edificó, sino además reducción material de la extensión de dicha parcela –no de su aprovechamiento–. Pues bien, si la parcela ocupada estuviera gravada con cargas o gravámenes, ¿defendería alguien que esas cargas continuaran gravando la porción ocupada por la edificación ajena, una vez vendida al edificante de buena fe? Lógicamente, creemos que no, pues de otro modo difícilmente podría cumplirse la función perseguida con esta doctrina jurisprudencial. Otra cosa, pero esto es muy distinto, es que los titulares de cargas –de según qué cargas, hemos de añadir– tengan derechos sobre el precio fijado por el juez, que, en cierta medida, es lo que se subroga en lugar de la franja de terreno como objeto de gravamen<sup>103</sup>.

*Quinto.* Porque incluso los más recalcitrantes defensores del «traslado de las cargas con el aprovechamiento», habrán de reconocer la existencia de cargas referidas a utilidades de la parcela «transmisora» que nada tienen que ver con su aprovechamiento transferible, careciendo de todo sentido pretender que pasen a gravar además la parcela «receptora», y exigir, en base a dicho efecto, el consentimiento del titular del citado gravamen. Basta con referirse a una servidumbre de paso que grave la parcela transmisora para ilustrar nuestra afirmación.

d) SOLUCIÓN QUE NOSOTROS DEFENDIMOS Y PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA INTERPRETACIÓN LLEVADA A CABO EN LAS NCRH

d1) *Nuestra interpretación acerca de los efectos de la TAU sobre los derechos reales limitados*

Por todas las consideraciones citadas anteriormente, en nuestro trabajo nos mostrábamos partidarios de la posición defendida por Francisco Núñez Lagos: los derechos reales gravan cosas y no se trasladan a otras salvo que así resultara de una norma expresa. La TAU sólo repercute negativamente en el valor de la parcela transmisora, y por tanto sólo requerirá el consentimiento de los titulares de cargas constituidas sobre aquella y que guarden relación con ese valor. O de todas las cargas que afecten a la parcela transmisora, cuando ésta haya de adscribirse a la Administración como consecuencia de la TAU, ya que en tal caso dichas cargas se extinguen.

En relación con la parcela «receptora» del aprovechamiento, los titulares de cargas o bien no experimentan perjuicio alguno o bien son favorecidos por la TAU –si guardan relación con el valor de mercado de la

---

<sup>103</sup> De acuerdo con lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 110-2 de la Ley Hipotecaria.



parcela, por cuanto dicho valor se ve incrementado—. En consecuencia puede prescindirse de su consentimiento. Incluso nos planteamos la posibilidad de que fuera el superficiario o el usufructuario quien estuviera legitimado para adquirir el aprovechamiento, sin autorización del propietario, al ser un presupuesto para el ejercicio de su derecho sobre la parcela «receptora».

## d2) *Problemas planteados por la interpretación de las NCRH*

*Primera.* Dificulta enormemente que el propietario de una parcela pueda transferir su exceso de aprovechamiento apropiable sin purgar antes las cargas, porque ningún constructor que aún no haya enloquecido por la continua alteración de la normativa aplicable a su actividad comprará un aprovechamiento si con él se le vienen encima las cargas que afectaban a la parcela «transmisora»: preferirá comprar a la Administración, sabiendo que así adquiere un aprovechamiento «limpio»<sup>104</sup>. En este sentido, y aunque nuestra opinión *de lege ferenda* siempre fue la de que las TAUS habían de funcionar exclusivamente a través de ventas directas por la Administración, para evitar los riesgos del tráfico privado descritos con la debida extensión en otro lugar<sup>105</sup>, parece oportuno recordar que si la Ley ha contemplado la posibilidad de negociar privadamente el exceso de aprovechamiento no materializable, no resulta muy correcto que el desarrollo reglamentario elimine en la práctica esta posibilidad.

*Segunda.* La exigencia de que la TAU sea consentida por todos los titulares de derechos reales que graven las parcelas afectadas ni siquiera parece limitarse a la existencia de cargas sobre la «transmisora» cuyo rango haya de determinarse por concurrir con las existentes sobre la parcela «receptora». Esto puede llevar a una situación desesperante para los dueños de parcelas con exceso de aprovechamiento materializable: han de edificar para no ser expropiados, pero para edificar el ordenamiento les obliga a adquirir aprovechamientos, y, sin embargo, no pueden adquirir sin el consentimiento de unos titulares de cargas paradójicamente más favorecidos que él mismo por la interpretación del sistema llevada a cabo por las NCRH<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Como la Administración puede optar entre comprar el aprovechamiento o expropiarlo, normalmente optará por expropiar, evitando así el problema de obtener el consentimiento de los titulares de cargas y el del propietario. Tanto si expropia como si compra el aprovechamiento, la Administración adquirirá un aprovechamiento «limpio» de cargas y gravámenes, dado que en estos supuestos no existe parcela «receptora» a la cual pudieran desplazarse. Por lo tanto, esas cargas continuarán limitando sus efectos a la parcela «transmisora» —pese a la reducción de su aprovechamiento—, o se extinguirán, si dicha parcela se adscribe a la Administración a consecuencia de la TAU.

<sup>105</sup> Concretamente en *El aprovechamiento transferible*, ob. cit., pp. 354 a 410.

<sup>106</sup> Como destacaba FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS en *El aprovechamiento urbanístico y su transferencia*.

Menos mal que las NCRH sólo se aplican para el acceso al Registro de las TAUS en general, y de las ventas directas en particular, y que tal acceso no tiene demasiada utilidad en este último caso, como ya dijimos. De este modo, la Administración podrá utilizar un criterio más modulado y conforme con nuestras consideraciones en cuanto al consentimiento de los dueños de cargas constituidas sobre las parcelas «receptoras». Quizá nuevamente se pone de manifiesto que la intención del Ejecutivo ha sido la de establecer unos requisitos exorbitantes para el acceso al Registro de las TAUS con la finalidad más o menos subconsciente de que estas operaciones se perfeccionen mediante el sistema de ventas directas y sin un reflejo registral que no hará más que dificultar la claridad del folio correspondiente, pues de otro modo habríamos de preguntarnos qué han hecho los dueños de parcelas con exceso de aprovechamiento materializable para que el ordenamiento jurídico les deje a merced del capricho de los titulares de cargas constituidas sobre sus parcelas.

#### D) ACTIVIDAD FISCALIZADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN RELACIÓN CON LAS TAUS

En relación con este aspecto de las TAUS, la redacción del artículo 37 de las NCRH nos parece, cuando menos, preocupante, al expresarse en los siguientes términos: «*Cuando la legislación urbanística aplicable exija la previa autorización de las transferencias de aprovechamiento urbanístico, la concesión de licencia específica o la toma de razón previa en Registros administrativos destinados a hacer constar su realización, la concesión o inscripción respectiva constituirá requisito del acceso al Registro de la Propiedad de la transmisión o distribución*».

Sólo cuando se trate de una venta directa de aprovechamientos inscritos a favor de la Administración, el artículo 41 de las NCRH exige, para inscribir la venta, «*certificación del asiento practicado en el Registro Municipal de Transferencias de Aprovechamiento, en el que consten las circunstancias a que se refiere el artículo 2 de este Reglamento*».

Componiendo ambas disposiciones resulta que la inscripción de las TAUS perfeccionadas entre particulares podrá realizarse sin el previo control administrativo de su conformidad con el ordenamiento urbanístico —control administrativo implícito en la inscripción de la TAU en el Registro Municipal, pero que puede realizarse de otro modo—, a no ser que la legislación urbanística aplicable exija la previa autorización, concesión de licencia o toma de razón en «Registros administrativos destinados a hacer constar su realización».

En este sentido, y como es sabido, el artículo 198.1 del TRLS establecía que «*No podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad acto o acuerdo alguno de transferencia de aprovechamientos urbanísticos*

*sin que se acredite, mediante la oportuna certificación expedida al efecto, su previa inscripción en el Registro de Transferencias de Aprovechamientos*». No existía diferencia alguna entre las ventas directas y las demás TAUS, y la inscripción en el Registro Municipal cumplía una triple función: dar publicidad a la transferencia del aprovechamiento, comunicar a la Administración que la transferencia se había llevado a cabo, y permitir que la Administración, al verificar la inscripción en su Registro administrativo, calificara la conformidad urbanística de la TAU.

Nos parece probable que el artículo 198.1 del TRLS constituyera un precepto de aplicación plena, al establecer un requisito para el acceso al Registro de la Propiedad de determinados actos o contratos —la certificación administrativa de que el acto había sido inscrito en el Registro Municipal, de lo cual se deducía la calificación administrativa relativa a su conformidad con el ordenamiento urbanístico—, y por lo tanto que estuviera amparada por la competencia atribuida al Estado en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española. Pero como el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales todas las normas del TRLS de 1992 calificadas como Derecho supletorio por el legislador ordinario, sin plantearse siquiera la posibilidad de que esa calificación fuera errónea, resulta que el artículo 198.1 del TRLS de 1992 ha desaparecido del panorama jurídico.

Si la materia pudiera, efectivamente, regularse por una Ley autonómica, la exigencia indiscriminada de certificación relativa a que la TAU ha sido inscrita en el Registro Municipal podrá aplicarse en las Comunidades Autónomas que han puesto en vigor retroactivamente el citado texto normativo, y en Navarra, dado que el artículo 204.2 de la Ley Foral 10/1994 recoge dicha exigencia<sup>107</sup>.

En relación con las demás Comunidades Autónomas, en tanto no exijan ninguno de los requisitos contemplados en el artículo 37 de las NCRH, sea por olvido, sea por haber interpretado que esa exigencia se contenía ya en el TRLS de 1992, la inscripción de una TAU celebrada entre particulares no requerirá la acreditación de un previo control administrativo acerca de la conformidad entre la TAU y el ordenamiento urbanístico. Parece lógico entender que de acuerdo con las NCRH serán los Notarios y Registradores quienes controlen, en tales casos, esa adecuación.

Lo cierto es que, sin dudar en modo alguno de la preparación jurídica de esos profesionales, confiamos que su cualificación en cálculo matemático sea similar, puesto que la regulación reglamentaria les ha colocado en un buen lío. Porque, a pesar del optimismo que se desprende de los preceptos destinados a señalar los datos que han de reflejarse en el folio

---

<sup>107</sup> En Madrid, la Ley 20/1997, de 15 de julio, dispone, en su artículo 3.4 que «El planeamiento establecerá, en su caso, los mecanismos de intervención administrativa precisos para hacer viables las transferencias de aprovechamiento previstas en este artículo».

de la parcela «transmisora» y «receptora», que aluden a la «cuantía del aprovechamiento transmitido», a la «cuantía del aprovechamiento a que quede reducida la parcela de origen», y al «número de unidades de aprovechamiento que corresponde a las fincas afectadas»<sup>108</sup>, la cuestión no es tan fácil como sumar y restar.

Porque en el esquema del TRLS de 1992 y de la Ley Foral 10/1994, una unidad de aprovechamiento en la parcela «transmisora» no equivaldrá normalmente a una unidad de aprovechamiento en la parcela «receptora», como muy bien saben los redactores de las NCRH aunque ese conocimiento no se haya puesto de manifiesto al regular las circunstancias que han de reflejar los asientos practicados como consecuencia de una TAU. Así, para determinar las unidades de aprovechamiento de la parcela «transmisora» que se deben comprar, hay que considerar, al menos, los siguientes factores:

1.º *El aprovechamiento efectivamente materializable sobre ambas parcelas*: puesto que el aprovechamiento que se debe adquirir o el que se puede transferir es la diferencia entre el aprovechamiento apropiable y el materializable. Esto puede ser sencillo, cuando la edificabilidad se establece por un coeficiente o índice de zona —como regla general bastará con multiplicar el coeficiente por la superficie de la parcela—, o bastante más difícil si esa edificabilidad resulta de la aplicación de condiciones edificatorias zonales —altura, número de plantas, coeficiente de ocupación, línea de edificabilidad y de fondo, etc.—, pues entonces hay que efectuar cálculos más complejos.

2.º *El uso y tipología edificatoria de cada una de las parcelas*: puesto que el aprovechamiento apropiable se expresará en unidades correspondientes al aprovechamiento predominante o más frecuente en el área de reparto, mientras que los aprovechamientos reales o efectivamente materializables se expresarán en el uso y tipología de cada parcela, debiendo convertirse al uso predominante mediante la aplicación del coeficiente de homogeneización que corresponda, si es que deseamos saber cuánto aprovechamiento ha de adquirir el propietario de la parcela «receptora» y a cuántas unidades de aprovechamiento transferible de la parcela «transmisora» equivale.

3.º *El coeficiente que relacione el valor de diferentes polígonos fiscales*: cuando éstos no coincidan con las áreas de reparto y las parcelas transmisora y receptora no estén ubicadas en un mismo polígono fiscal<sup>109</sup>.

Como consecuencia de lo expuesto puede deducirse con facilidad que no es sencillo determinar los metros cuadrados de aprovechamiento de una parcela «transmisora» que debe adquirir el propietario de una

<sup>108</sup> Artículo 34 de las NCRH.

<sup>109</sup> A este problema y su solución alude MERELO ABELA en *Régimen Jurídico del Suelo y Gestión Urbanística*, Madrid 1995, pp. 339-340.

parcela «receptora» para materializar una determinada edificabilidad, y que las NCRH pecan de optimismo si creen que la conformidad urbanística de las TAUS puede calificarse por el Registrador. Afortunadamente las TAUS perfeccionadas entre particulares serán escasas y los Notarios lo suficientemente prudentes para exigir la conformidad administrativa antes de proceder al otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

**SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ**

Catedrático de Derecho Internacional Privado

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### CONSUMIDORES

1. **Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de *contratos a distancia* (DOCE L, núm. 144, de 4 de junio de 1997, p. 19).**

En el marco de la política comunitaria de protección a los consumidores, el 20 de mayo de 1997, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprueban la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Se trata de una Directiva que, en gran parte de su contenido, sigue los dictados habituales en este tipo de normas, incluyendo, como hacen otras muchas, instrumentos técnicos tales como el derecho a una información precontractual del consumidor suficientemente clara y completa destinada a garantizar la integridad de su consentimiento ante un tipo de contratos de carácter «agresivo», el derecho de resolución *ad nutum* del contrato por parte del adquirente en un plazo determinado de tiempo, la conexión estructural entre el contrato principal regulado en la Directiva y el contrato de financiación destinado a facilitar el pago de la prestación del consumidor, etc. Las normas que regulan este tipo de instrumentos presentan escasas novedades respecto de las paralelas contenidas en la Directiva 85/577/CEE de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil de 20 de diciembre de 1985, o en la Directiva 87/102/CEE de crédito al consumo, aunque sí cabe apreciar alguna mejora técnica como la que afecta a la precisión del *dies a quo* para comenzar a computar el plazo para ejercitar el derecho de resolución. Algunas de las novedades aludidas, ya presentes en la Propuesta presentada por la Comisión del 21 de mayo de 1992 (DOCE, serie C, núm. 156, de 23 de junio de 1992), ya han sido puestas de manifiesto en Crónicas anteriores.

Los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva se caracterizan muy singularmente porque no existe presencia física simultánea del proveedor y del consumidor en el proceso de negociación y celebración del contrato, lo que resuelve directamente un problema de delimitación, por ejemplo, con la anteriormente mencionada Directiva 85/577; el legislador comunitario incluye en su anexo I una lista de técnicas de comunicación a distancia idóneas para la celebración de contratos de este tipo, si bien la evolución permanente y acelerada de las mismas hizo necesario dejar claro que tal lista presenta un carácter meramente indicativo, y no excluye la posibilidad de introducción de otros mecanismos técnicos ahora no previstos.

La preocupación por la integridad del consentimiento del consumidor está en la base, como ya se ha dicho, de las normas dirigidas a garantizar el suministro de una información suficiente sobre el contrato en la fase anterior a su celebración. Para ello, además de exigir la facilitación de ciertos datos relevantes sobre los elementos esenciales del contrato «de modo claro y comprensible», se pide seguidamente la «confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición de la información mencionada»; esta última matización, obedece a los debates puestos de relieve en el proceso de elaboración de la Directiva en torno a la interpretación del término «por escrito»; en un intento de solventar eventuales discrepancias hermenéuticas se acaba exigiendo que el consumidor disponga de forma permanente («soporte duradero») de la información. Es relevante asimismo señalar que parte de esta información (por ejemplo, los datos sobre el proveedor o sobre los servicios posteriores a la celebración del contrato) tiene por fin el facilitar el ejercicio por parte del consumidor de determinados derechos en la fase de ejecución del contrato.

Uno de estos derechos es precisamente el llamado derecho de resolución o, como se prefiere en algunas normas de desarrollo de otras comunitarias, de desistimiento que puede ejercer el consumidor en un plazo breve de tiempo cuando, tras la celebración del contrato, decida revocar el consentimiento inicialmente prestado. A estas alturas se trata de un derecho suficientemente conocido y tratado en el marco de las normas de protección de los consumidores como para que merezca la pena detenerse en este momento en su análisis. Baste recordar aquí las dificultades que a la doctrina se le plantean en relación con la configuración técnica de este derecho que, aparentemente, choca frontalmente con el principio de irrevocabilidad de los contratos, salvo que como se ha hecho en relación con otros contratos similares al presente se configure éste como el resultado de un proceso de formación sucesiva que no se habrá completado hasta que finalice el plazo de resolución. Por cierto que también en esta ocasión el legislador comunitario muestra las mismas dudas que ha tenido en casos análogos respecto a la denominación idónea del derecho del consumidor a apartarse del contrato que, en la versión española, se designa indistintamente como resolución o como rescisión. Es relevante

señalar que la Directiva prevé expresamente la obligación del proveedor de devolver al consumidor lo antes posible y en todo caso antes de treinta días los pagos anticipados.

La Directiva comentada presenta también algunas novedades interesantes en relación con otras análogas; de especial interés es la exigencia impuesta en su artículo 7 de un acuerdo previo entre el consumidor y el proveedor para recibir un producto en sustitución de otro que se había pedido, ya que esta práctica comercial puede ser fuente de notables abusos. Es de interés señalar además la expresa regulación de ciertos aspectos del pago mediante tarjeta, así como del tema de los envíos no solicitados, sancionando expresamente, como está consolidado en los Derechos de nuestro ámbito, tanto la prohibición de este tipo de envíos como el valor negativo del silencio del consumidor ante la realización de los mismos. También es de interés resaltar la mención expresa en el artículo 4.2 de la necesaria protección jurídica de los incapaces de contratar, especialmente los menores, ante este tipo de técnicas agresivas, a pesar de que en el proceso de elaboración de la Directiva se había puesto de manifiesto que este tipo de cuestiones, por afectar a una parte importante del Derecho civil de los Estados como es el de la capacidad para contratar debería quedar, en aplicación del principio de subsidiariedad, a merced de los Estados.

Pero sin lugar a dudas una de las cuestiones más relevantes que plantea la Directiva en los términos finalmente aprobados es la relativa a los contratos que resultan excluidos, total o parcialmente, de su ámbito de aplicación. Respecto de los primeros destaca la definitiva exclusión del ámbito de protección de la Directiva de los servicios de carácter financiero, verdadero caballo de batalla en el proceso de elaboración de la misma, por haber sido el principal motivo de discrepancia entre el Parlamento, que defendía su introducción, y la Comisión que, atendiendo a las presiones del sector, defendía su exclusión. Asimismo, en la última fase de elaboración de la norma se excluyen los contratos relativos al sector inmobiliario que habían sido reintroducidos en el ámbito de aplicación por el Dictamen de la Comisión de 7 de febrero de 1996 [COM (96)36 final COD 411], atendiendo a las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo. En lo relativo a la inaplicabilidad parcial, resalta la exclusión de la obligación precontractual de información previa y del derecho de arrepentimiento o resolución de ciertos servicios «turísticos» que, además, son en muchos casos servicios de reserva que exigen pagos adelantados, también sometidos en virtud de la posibilidad de exclusión del artículo 7.2 a un régimen especial.

Finalmente, debe tomarse en consideración la necesaria adaptación a la nueva Directiva de los artículos 38 y siguientes de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que, a pesar de su carácter reciente, presenta algunos puntos de discrepancia con el nuevo texto legal comunitario.



## ECONOMÍA

2. **Decisión del Consejo de 13 de diciembre de 1996, de conformidad con el apartado 3 del artículo 109.J del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea sobre el inicio de la tercera fase de la *Unión Económica y Monetaria* (DOCE L, núm. 335, de 24 de diciembre de 1996, p. 48).**

## INSTITUCIONES

3. **Decisión del Consejo, de 6 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Decisión 93/731/CE, relativa al *acceso del público a los documentos del Consejo* (DOCE L, núm. 325, de 14 de diciembre de 1996, p. 19).**
4. **Reglamento del Parlamento Europeo (DOCE L, núm. 49, de 19 de febrero de 1997, p. 1).**
5. **Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (DOCE L, núm. 103, de 19 de abril de 1997, p. 1).**
6. **Modificaciones del Reglamento Adicional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (DOCE L, núm. 103, de 19 de abril de 1997, p. 4).**
7. **Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (DOCE L, núm. 103, de 19 de abril de 1997, p. 6).**

## JUSTICIA E INTERIOR

8. **Decisión del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, relativa al seguimiento de los actos ya adoptados por el Consejo en materia de *inmigración ilegal*, de readmisión, de empleo ilícito de nacionales de terceros países y de cooperación en la ejecución de órdenes de expulsión (DOCE L, núm. 342, de 31 de diciembre de 1996, p. 5).**
9. **Acción común, de 16 de diciembre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a un modelo uniforme de *permiso de residencia* (DOCE L, núm. 7, de 10 de enero de 1997, p. 1).**
10. **Acción común, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la *trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños* (DOCE L, núm. 63, de 4 de marzo de 1997, p. 2).**

## POLÍTICA SOCIAL

11. **Recomendación del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión (DOCE L, núm. 319, de 10 de diciembre de 1996, p. 11).**
12. **Reglamento (CE) núm. 412/97 de la Comisión, de 3 de marzo de 1997, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 2200/96 del Consejo en lo relativo al reconocimiento de las *organizaciones de productores* (DOCE L, núm. 62, de 4 de marzo de 1997, p. 16).**

El Reglamento establece las condiciones de participación y gestión de los productores (toda persona física o jurídica que sea miembro de una organización de productores a la que entregue su producción con vistas a su comercialización en las condiciones establecidas por el Reglamento 2200/96) en las organizaciones en las que se integran, así como otros aspectos relacionados con su actividad económica, como, por ejemplo, el volumen de negocios que una organización puede tener en relación con actividades distintas de la venta de la producción de sus miembros. Asimismo, exige a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para evitar que se produzcan abusos de poder o de influencia por parte de uno o varios productores en relación con la gestión y funcionamiento de una agrupación.

13. **Reglamento (CE) núm. 952/97, del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativo a las *agrupaciones de productores y a sus uniones* (DOCE L, núm. 142, de 2 de junio de 1997, p. 30).**

Al objeto de superar las deficiencias estructurales a nivel de oferta y comercialización de productos agrícolas, comprobadas en ciertas regiones; deficiencias caracterizadas por el insuficiente grado de organización de los productores, el Reglamento establece para esas regiones un régimen de fomento de la formación de agrupaciones de productores y sus uniones.

14. **Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del *principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social* (DOCE L, núm. 46, de 17 de febrero de 1997, p. 20).**

La modificación no hace sino arrojar seguridad jurídica a la situación actual, al adaptar la Directiva 86/378/CEE a la última jurisprudencia del

TJCE en numerosas sentencias recientes a partir, sobre todo, de la famosa Sent. TJCE de 17 de mayo de 1990 (Asunto C-268/88, *Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group*) en la que se reconoció que todas las formas de pensiones de empresa constituyen un elemento de retribución a los efectos del artículo 119 del Tratado, si bien con determinadas matizaciones temporales.

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS

15. **Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas (DOCE L, núm. 43, de 14 de febrero de 1997, p. 25).**

En el marco de la realización del mercado interior, en especial en el ámbito de la liberalización de los movimientos de capitales con vistas a la realización de la Unión Económica y Monetaria, la presente Directiva regula algunos aspectos de las transferencias transfronterizas efectuadas en ecus o en las monedas de los Estados miembros. Con el fin de garantizar la suficiente transparencia, se establecen los requisitos mínimos necesarios para ofrecer un adecuado nivel de información al cliente, tanto con carácter previo como después de la ejecución de una transferencia transfronteriza; se detallan las obligaciones mínimas de las entidades de crédito en cuanto a plazos, obligaciones de reembolso en caso de incumplimiento y otras.

#### LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

16. **Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado de la electricidad (DOCE L, núm. 27, de 30 de enero de 1997, p. 20).**
17. **Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOCE L, núm. 18, de 21 de enero de 1997, p. 1).**

#### MEDIO AMBIENTE

18. **Directiva 96/82/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (DOCE L, núm. 10, de 14 de enero de 1997, p. 13).**

19. **Reglamento (CE) núm. 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (DOCE L, núm. 61, de 3 de marzo de 1997, p. 1).**
20. **Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, por la que se modifica la Directiva 85/337/CEE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOCE L, núm. 73, de 14 de marzo de 1997, p. 5).**
21. **Reglamento (CE) núm. 722/97 del Consejo, de 22 de abril de 1997, relativo a acciones realizadas en los países en desarrollo en el ámbito del medio ambiente en una perspectiva de desarrollo sostenible (DOCE L, núm. 108, de 25 de abril de 1997).**
22. **Reglamento (CE) núm. 938/97 de la Comisión, de 26 de mayo de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CE) 338/97 del Consejo relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (DOCE L, núm. 140, de 30 de mayo de 1997, p. 1).**
23. **Reglamento (CE) núm. 939/97 de la Comisión, de 26 de mayo de 1997, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 338/97 del Consejo relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (DOCE L, núm. 140, de 30 de mayo de 1997, p. 9).**

#### TELECOMUNICACIONES

24. **Decisión de la Comisión, de 18 de diciembre de 1996, relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en España (DOCE L, núm. 76, de 18 de marzo de 1997, p. 19).**

Interesante Decisión en la que se analiza el proceso seguido en España para la asignación de una segunda concesión para el establecimiento y explotación en el territorio español de una red de prestación del servicio público de radiotelefonía móvil de comunicación mediante el sistema digital GSM (concesión concedida a Airtel Móvil S.A.).

La Comisión concluye que la desventaja competitiva resultante del pago inicial impuesto únicamente al segundo operador para obtener una concesión para explotar una red GSM en España (y no al primer operador, la sociedad Telefónica de España) constituye una infracción del apartado 1 del artículo 90 en combinación con el artículo 86 del Tratado. Por ello se condena a España a adoptar las medidas necesarias para eliminar la distorsión de la competencia resultante del pago inicial impuesto a la empresa Airtel, mediante el reembolso del pago inicial impuesto a esta

sociedad o mediante la adopción, previo acuerdo con la Comisión, de medidas correctoras equivalentes en términos económicos a la obligación impuesta al segundo operador.

25. **Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DOCE L, núm. 117, de 7 de mayo de 1997, p. 15).**

*Vid.* la reseña hecha a la Propuesta en el núm. 23 de la Crónica aparecida en el *ADC* núm. III, correspondiente a 1996.

B) *Proyectos, propuestas, Trabajos legislativos*

AUDITORES

26. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Verde-Función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea» (DOCE C, núm. 133, de 28 de abril de 1997, p. 1).**

Como observaciones generales, el CES acoge favorablemente el Libro Verde de la Comisión, sobre el que dimos noticia en la Crónica anterior, en la medida en que suscita un debate sumamente necesario sobre la forma de avanzar en el establecimiento de normas estrictas y compatibles en materia de auditoría y en la fundamentación del planteamiento de la Unión Europea para la fijación de normas internacionales.

A pesar de que los Estados miembros están de acuerdo en el objetivo común de garantizar que las cuentas y los estados financieros publicados ofrezcan una imagen fiel e imparcial de la situación financiera de una empresa, el Comité reconoce que la legislación, las costumbres y las prácticas varían considerablemente entre los Estados miembros y que existe una falta de consenso sobre una serie de cuestiones. Por lo tanto, el CES insta a la Comisión a que fije prioridades y elabore un plan de actuación relativo a los requisitos mínimos aplicables en la UE. Además, en la medida de lo posible, la Comisión debería animar a la propia profesión auditora a armonizar sus procedimientos en el conjunto de la UE, es decir, a recurrir a la autorregulación. Sin embargo, dicha armonización debería ser objeto de un debate con la participación de otras partes interesadas, como los accionistas, los directores de empresa, etc., y de un estrecho seguimiento por parte de la Comisión. Por otra parte, la Comisión debería elaborar regularmente informes sobre los avances realizados en este ámbito a la atención del Consejo, el Parlamento Europeo y el CES. En líneas generales, el planteamiento de la Comisión debería basarse en la

subsidiariedad y en la flexibilidad. El CES pide que se realice una estimación clara de los costes de cualquier nueva legislación o normativa a fin de garantizar que éstos no sean superiores a los beneficios, especialmente en lo que se refiere a las pequeñas empresas.

El CES hace hincapié en que es preciso dar prioridad a los sectores para los cuales la legislación y las prácticas nacionales en vigor constituyen un obstáculo para el funcionamiento del mercado único; en este sentido, se consideran prioritarios los sectores en los que existen limitaciones de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios; los sistemas de auditoría de grupos en varios Estados miembros; la necesidad de garantizar que la evolución de las normas internacionales de auditoría se ajuste a los objetivos del mercado único; la adopción de un planteamiento común para la función y el estatuto jurídico de los auditores legales; la necesidad de garantizar que sea perceptible el carácter independiente de la auditoría de las cuentas; y los requisitos educativos.

#### COMPETENCIA

27. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo que modifica el Reglamento (CEE) 3975/87 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (DOCE C, núm. 165, de 31 de mayo de 1997, p. 13).**

Teniendo en cuenta las peculiaridades del transporte aéreo internacional entre la Comunidad y terceros países, la aplicación a este sector de las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 3875/87 podría originar en algunos casos conflictos con las legislaciones y las normativas de terceros países o con las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales celebrados entre Estados miembros y terceros países aplicables a los servicios aéreos de la ruta o rutas de que se trate; para tales supuestos, la propuesta de Reglamento introduce un nuevo precepto que determina que la Comisión, con la mayor brevedad posible, celebrará consultas con las autoridades competentes del país de que se trate.

28. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector de los transportes aéreos entre la Comunidad y países terceros (DOCE C, núm. 165, de 31 de mayo de 1997, p. 14).**

Como consecuencia de la peculiaridad del tráfico aéreo internacional, regido en la actualidad por una serie de acuerdos internacionales y bilate-

rales suscritos entre Estados miembros y terceros países, se considera apropiado establecer los términos dentro de los cuales la Comisión podrá adoptar Reglamentos dentro de la facultad conferida por el artículo 85.3 del Tratado, con vistas a no entorpecer el fomento y autorización de cooperación entre compañías aéreas que los acuerdos internacionales contemplan. En particular se establece que la Comisión podrá adoptar dichos Reglamentos en relación con acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que tengan por objeto: *a)* la planificación conjunta y la coordinación de la capacidad y de los horarios de un servicio aéreo regular; *b)* el reparto de ingresos procedentes de un servicio aéreo regular; *c)* la organización de consultas sobre el precio del transporte de pasajeros con su equipaje; *d)* la explotación en común de un servicio aéreo regular en una ruta nueva o de escasa densidad; *e)* el reparto de períodos horarios en los aeropuertos y la fijación de horarios...

#### CONSUMIDORES

**29. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre *publicidad engañosa*, a fin de incluir en la misma la *publicidad comparativa* (DOCE C, núm. 32, de 1 de febrero de 1997, p. 7).**

La propuesta modificada (de la que no hemos dado cuenta en Crónicas anteriores: *vid.* el texto de la propuesta original en DOCE C, núm. 180, de 11 de julio de 1991) se orienta hacia la armonización de las condiciones de publicidad y de publicidad comparativa en los distintos Estados miembros, cuyas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas presentan grandes diferencias al respecto. En este contexto, la propuesta aboga por una noción amplia de publicidad comparativa a fin de abarcar todas las formas de este tipo de publicidad, estableciendo las condiciones que impidan prácticas que puedan distorsionar la competencia, perjudicar a los competidores y ejercer un efecto negativo sobre la elección de los consumidores. Ello implica la autorización de dicha práctica para los casos de comparaciones efectuadas entre bienes y servicios ofrecidos por competidores, que satisfagan las mismas necesidades o tengan por finalidad responder al mismo objetivo; ello implica también tener en cuenta las disposiciones comunitarias sobre la protección de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, así como la legislación sobre marcas.

En concreto, el artículo primero consagra como objetivo principal el de proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial o industrial, artesanal o liberal, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias

desleales y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa. La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando se satisfagan las siguientes condiciones (cumulativamente entendidas): *a*) que no sea engañosa; *b*) que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad; *c*) que compare de modo objetivo una o más características esenciales, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio (la propuesta modificada suprime en este apartado la exigencia de «pertinentes»); *d*) que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor; *e*) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades, *características o circunstancias personales* de algún competidor (la cursiva es introducción de la propuesta modificada); *f*) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación; *g*) que no saque ventaja indebidamente de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores; *h*) respecto a los servicios profesionales, que no entre en conflicto con las normas deontológicas que, en el respeto de las disposiciones del Tratado, se establezcan en el ejercicio de la facultad de autorregulación prevista por el ordenamiento general (apartado nuevo). Las comparaciones que hagan referencia a una oferta especial deberán indicar de forma clara e inequívoca la fecha en que termina la oferta o, en su caso, el hecho de que la oferta especial esté supeditada a la disponibilidad de los bienes o servicios de que se trate y, en caso de que la oferta especial no haya empezado aún, la fecha en la que se inicie el período durante el cual vaya a aplicarse el precio especial y otras condiciones específicas.

30. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las *acciones de cesación* en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOCE C, núm. 80, de 13 de marzo de 1997, p. 10).**

*Vid.* la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones inhibitorias en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOCE, C, núm. 107, de 13 de abril de 1996), reseñada en el núm. 27 de la Crónica correspondiente al ADC III de 1996. En la presente se introducen algunas mejoras técnicas, ampliaciones y explicaciones de lo ya señalado en la propuesta, así como un plazo explícito (de tres semanas) en el que la entidad cualificada para recibir reclamaciones previas a la formación de las acciones previstas en la propuesta ha de emitir su juicio.



31. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 87/102/CEE (modificada por la Directiva 90/88/CEE) relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de *crédito al consumo*: fórmula matemática única para el porcentaje anual de cargas financieras (DOCE C, núm. 137, de 3 de mayo de 1997, p. 9).**

#### CONTRATOS

32. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de *adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones* (DOCE C, núm. 28, de 29 de enero de 1997, p. 4).**
33. **Posición común (CE) núm. 12/97, de 20 de diciembre de 1996, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189.B) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de *adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones* (DOCE C, núm. 111, de 9 de abril de 1997, p. 65).**
34. **Posición común (CE) núm. 11/97, de 20 de diciembre de 1996, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189.B) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, sobre *coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras*, respectivamente (DOCE C, núm. 111, de 9 de abril de 1997, p. 1).**
35. **Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia al Convenio sobre la ley aplicable a las *obligaciones contractuales*, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, así como a los protocolos Primero y Segundo, relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia (DOCE C, núm. 191, de 23 de junio de 1997, p. 11).**

Se ponen de manifiesto las adaptaciones técnicas, sobre todo en lo que a los Protocolos interpretativos se refiere, así como, desde un punto de vista más sustantivo, la propuesta de Austria de aprovechar el Convenio de

Adhesión para ampliar las normas relativas a los contratos celebrados con los consumidores en el marco del artículo 5 del Convenio de Roma, algo que, al final, quedó reducido a una declaración en la que se menciona tal interés. Asimismo, el Convenio de Adhesión contiene una modificación del Protocolo anejo al Convenio de Roma de 1980, que permite a Suecia y a Finlandia, además de a Dinamarca, conservar sus normas nacionales de conflicto de leyes en materia de transporte marítimo de mercancías.

#### CONVENIO DE BRUSELAS

36. **Convenio relativo a la adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil**, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, así como por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa (DOCE C, núm. 15, de 15 de enero de 1997, p. 1).

Las novedades del presente Convenio de adhesión son en general meras adaptaciones del Convenio de Bruselas a las peculiaridades procesales y a la organización judicial de los nuevos Estados miembros; en el Protocolo anexo al Convenio se introducen modificaciones en su artículo V, extendiendo a Austria la salvedad en cuanto a la competencia judicial prevista en el artículo 6, apartado 2, y en el artículo 10, para la demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso; el artículo V *bis* se equipara al servicio público sueco de cobro forzoso a los términos juez, tribunal o jurisdicción; se añade un artículo V *sexto* por el que se determina que también se considerarán documentos públicos con fuerza ejecutiva, con arreglo al primer párrafo del artículo 50 del Convenio, los acuerdos en materia de obligaciones alimenticias celebrados ante las autoridades administrativas o legalizados por las mismas.

#### JUSTICIA E INTERIOR

37. **Propuesta de Acción común dirigida al Consejo sobre la base de la letra b) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la protección temporal de las *personas desplazadas*** (DOCE C, núm. 106, de 4 de abril de 1997, p. 13).

38. **Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la *extradición* entre los Estados miembros de la Unión Europea (DOCE C, núm. 191, de 23 de junio de 1997, p. 13).**

*Vid.* el núm. 41 de la Crónica anterior, aparecida en el *ADC*, núm. 1 de 1997.

#### LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

39. **Posición común (CE) núm. 8/97, de 16 de diciembre de 1996, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189.B) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 93/6/CEE del Consejo sobre la *adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito*, y la Directiva 93/22/CEE del Consejo relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables (DOCE C, núm. 69, de 5 de marzo de 1997, p. 1).**

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

40. **Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativo a la *supresión de los controles sobre las personas* (DOCE C, núm. 140, de 7 de mayo de 1997, p. 21).**

#### MEDIO AMBIENTE

41. **Propuesta modificada de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la revisión del Programa comunitario de política y actuación en materia de *medio ambiente y desarrollo sostenible* «Hacia un desarrollo sostenible» (DOCE C, núm. 28, de 29 de enero de 1997, p. 18).**
42. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «*Comercio internacional y medio ambiente*» (DOCE C, núm. 56, de 24 de febrero de 1997, p. 52).**

De forma sumaria, el dictamen del CES aborda la relación entre liberalización del comercio y la política de medio ambiente, partiendo de la operatividad del principio «quien contamina paga» e incidiendo en los siguientes puntos: interacciones entre comercio y medio ambiente (consecuencias de la liberalización del comercio para el medio ambiente,

protección del medio ambiente y competitividad internacional, relaciones comerciales internacionales y necesidad de una cooperación multilateral); países en desarrollo y países con economías de transición en el debate sobre comercio y medio ambiente; sistema multilateral de comercio y protección del medio ambiente (el acuerdo GATT/OMC y los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente, medidas vinculadas a los productos y medidas vinculadas a los procesos y métodos de producción, sistemas de etiquetado ecológico, resolución de litigios sobre medidas vinculadas al medio ambiente, comercio de sustancias peligrosas y problemas derivados de las mercancías prohibidas en el comercio interior)...

**43. Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de *etiqueta ecológica* (DOCE C, núm. 117, de 12 de abril de 1997, p. 9).**

Tras un tiempo de funcionamiento práctico del sistema de etiqueta ecológica y al amparo de lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento (CEE) núm. 880/92 que establece el plazo de cinco años para evaluar los efectos de la aplicación del mismo y proponer las modificaciones adecuadas, la presente propuesta da respuesta a tales exigencias, dentro del sistema voluntario de etiqueta ecológica, con objeto de promover los productos que tengan un efecto ambiental reducido durante todo su ciclo de vida y de proporcionar a los consumidores información exacta, no engañosa y con base científica sobre la repercusión ambiental de los productos. La propuesta se dirige a sustituir el Reglamento citado adoptando las adecuadas disposiciones transitorias para garantizar la continuidad entre ambos.

**44. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la *evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente* (DOCE C, núm. 129, de 25 de abril de 1997, p. 14).**

La propuesta de Directiva tiene por objeto conseguir un elevado nivel de protección del medio ambiente, garantizando la realización de una evaluación ambiental de determinados planes y programas, así como que se tengan en cuenta los resultados de la evaluación durante la preparación y adopción de tales planes y programas; éstos serán los planes y programas de ordenación territorial cuya preparación y adopción corresponda a una autoridad competentes, o que una autoridad competente prepare para su adopción mediante un acto legislativo; que formen parte del proceso decisorio en relación con la ordenación territorial con el objetivo de establecer el marco para futuras autorizaciones; que incluyan disposiciones

sobre la naturaleza, dimensiones, localización y condiciones de explotación de proyectos; también las modificaciones de planes y programas existentes son objeto de la propuesta. En particular, dentro de la definición de planes y programas, pueden incluirse los relativos a sectores tales como el transporte, la energía, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, la industria, las telecomunicaciones y el turismo.

**45. Propuesta de Directiva del Consejo relativa al vertido de residuos (DOCE C, núm. 156, de 24 de mayo de 1997, p. 10).**

A fin de cumplir los requisitos impuestos por la Directiva 75/442/CEE, la propuesta de Directiva establece medidas, procedimientos y orientaciones para impedir o reducir, en la medida de lo posible, los efectos negativos en el medio ambiente del vertido de residuos, en particular la contaminación de las aguas superficiales, de las aguas subterráneas, del suelo y del aire, así como los riesgos para la salud humana. A tales efectos, la propuesta regula aspectos tales como las clases y tipos de vertederos; la admisibilidad de residuos y tratamiento de los mismos en determinados vertederos; los requisitos para la autorización de creación de vertederos; los costes del vertido de residuos y su eliminación (que habrán de corresponderse con los costes que ocasionen el establecimiento y la explotación del vertedero); los procedimientos de admisión de residuos en los vertederos; los procedimientos de control y vigilancia durante la fase de explotación; los de cierre de vertederos; distintas obligaciones de información, etc.

#### POLÍTICA SOCIAL

**46. Propuesta modificada de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DOCE C, núm. 379, de 14 de diciembre de 1996, p. 13).**

#### PROTECCIÓN DE MENORES

**47. Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea (DOCE C, núm. 20, de 20 de enero de 1997).**

El Parlamento Europeo,

1. Pide a la Comisión que tome nota de los alarmantes resultados de las investigaciones sobre los problemas a los que se enfrentan los niños en la Unión Europea;

2. Expresa su deseo de que se coordinen los esfuerzos y las diferentes experiencias de los Estados miembros para erradicar el fracaso escolar;

3. Considera indispensable que el Consejo establezca cuanto antes acciones comunes, sobre la base del apartado 2 b del artículo K.3 del TUE encaminadas a:

- prevenir y luchar contra el secuestro y el tráfico de niños,
- establecer un programa de desarrollo de iniciativas en materia de formación e intercambios destinado a los responsables de la lucha contra el secuestro y el tráfico de niños,
- ampliar el mandato de la actual Unidad de Drogas de Europol (UDE) al tráfico de seres humanos;

4. Apoya todas las iniciativas tendentes a mejorar el estado de salud de los niños mediante la información a los padres y el desarrollo de la medicina escolar;

5. Insta a los Estados miembros a que al modificar el Tratado incluyan a los niños en éste como un grupo de personas independiente, y pide a las Instituciones de la Unión Europea que, a la espera de la modificación del Tratado, conviertan la salvaguarda de los derechos del niño en un principio fundamental de su actuación;

6. Señala que, en interés de los niños, es sumamente importante afirmar su derecho a la vida, a la familia, a la educación y a la protección social;

7. Insta a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que se redacte un protocolo adicional al Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos que tome en consideración las necesidades específicas de los niños;

8. Hace hincapié en que las instituciones educativas y los medios de comunicación tienen que desempeñar un papel fundamental para lograr una representación equilibrada del papel de las mujeres y de los hombres en la sociedad;

9. Pide al Consejo y a la Comisión que continúen de manera prioritaria la lucha contra el denominado turismo sexual con carácter pederasta, la pornografía infantil y la utilización de redes con fines pederastas;

10. Considera que los Estados miembros deben dotarse de legislación que permita perseguir ante sus tribunales a sus nacionales autores de abusos sexuales cometidos contra niños en el extranjero;

11. Condena la pornografía infantil, ya sea el resultado de la filmación de escenas reales o de escenas técnicamente simuladas;

12. Pide a los Estados miembros que incluyan en su legislación disposiciones destinadas a condenar la producción y posesión de material pornográfico en el que se utilice a niños;

13. Insta a que se respeten los derechos de los niños en las imágenes de menores en el ámbito publicitario;

14. Desea que la Comisión, al preparar las iniciativas legislativas que afecten directa o indirectamente a los niños, dé prioridad a los intereses de éstos garantizando la efectividad de los instrumentos jurídicos ya existentes;

15. Pide a la Comisión que haga de los derechos del niño un principio de acción en todos los ámbitos políticos y que, con tal fin, se cree una unidad competente en materia de derechos del niño;

16. Se propone designar un delegado para los derechos del niño que defienda los derechos del niño en todos los ámbitos políticos y dotado con los medios necesarios para cumplir su misión;

17. Insta al Consejo a que convierta rápidamente el citado «acuerdo político» logrado el 26 de septiembre de 1996 en Dublín con ocasión de la reunión informal del Consejo de Justicia y Asuntos Interiores en acciones comunes de acuerdo con la letra b) del apartado 2 del artículo K.3 y a que adopte las disposiciones financieras necesarias de conformidad con el guión primero del apartado 2 del artículo K.8;

18. Pide que se tomen a todos los niveles las medidas necesarias para evitar que las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones se utilicen con fines ilícitos, con objeto, en particular, de proteger a los niños;

19. Pide al Consejo que adopte propuestas encaminadas a prevenir y luchar contra la difusión de mensajes de carácter pedófilo por Internet;

20. Pide que se conceda una especial importancia a la formación de los niños en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación;

21. Pide que la Comisión fomente, financie y coordine estudios sobre las repercusiones del proceso de integración europea en los niños;

22. Manifiesta su más sincera preocupación por el creciente número de niños que viven en la calle y sin hogar y pide encarecidamente a los Estados miembros que adopten medidas eficaces al respecto;

23. Pide a los Estados miembros que fomenten la participación política de los niños, en particular en la formación de parlamentos juveniles representativos a nivel local, regional y nacional, y la participación de los niños en organizaciones y asociaciones regidas democráticamente;

24. Pide a los Estados miembros que fomenten la participación social de los niños, en particular mediante la designación de representantes de los niños, siguiendo el ejemplo de Noruega u otros modelos ya experimentados; en este sentido, es importante que existan instituciones u organismos que, de forma independiente e imparcial, supervisen efectivamente el respeto de la legalidad vigente y los derechos de los niños y las niñas;

25. Insta a las instituciones de la Unión Europea a que apoyen en la mayor medida posible a las organizaciones no gubernamentales y a otras organizaciones internacionales que luchan por los derechos y la protección jurídica de los niños y a que utilicen su caudal de conocimiento de la situación;

26. Pide a los Estados miembros que actúen en favor de una colaboración más estrecha entre las autoridades judiciales, los servicios policiales los servicios de asistencia social y las ONG, incluso mediante la creación de bancos de datos específicos con los nombres de las personas que han sido condenadas por actos de pedofilia, para lograr una protección eficaz del menor;

27. Pide encarecidamente a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros que fomenten y participen urgentemente, en el marco de sus competencias respectivas, en la creación de un centro europeo de niños desaparecidos siguiendo el ejemplo del centro existente en Estados Unidos, que funciona con gran eficacia: este centro podría encargarse, por ejemplo, de coordinar las actividades de los centros o asociaciones existentes o en vías de creación en los Estados miembros;

28. Insta a los Estados miembros a que suscriban, ratifiquen e integren en el ordenamiento jurídico nacional los instrumentos jurídicos internacionales ya existentes;

29. Lamenta que el Convenio sobre el ejercicio de los derechos del niño constituya un retroceso con respecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño;

30. Pide a los Estados miembros que den instrucciones a sus organismos públicos para que, en todas las decisiones que afecten a los niños, se dé prioridad a la protección jurídica del niño, y que apliquen de forma consecuente y real las disposiciones ya existentes sobre la protección de los niños;

31. Pide que los Estados miembros mejoren las posibilidades de señalar las violaciones de los derechos de los niños sin necesidad de efectuar una denuncia formal ante las instituciones de la protección de menores;

32. Pide que los Estados miembros mejoren las posibilidades existentes, por ejemplo, a través de vídeos o de otras tecnologías modernas, en su derecho procesal de que los niños víctimas o testigos de actos violentos no tengan que revivir de manera traumática los actos delictivos, sino que el interrogatorio se efectúe con la adecuada asistencia psicológica;

33. Insta a los Estados miembros a que den prioridad a la rehabilitación y la formación de los menores delincuentes por encima del cumplimiento de la pena, a que adapten ese cumplimiento a las necesidades de los menores y a que, en principio, no sometan a los niños menores de dieciséis años al cumplimiento normal de la pena;

34. Pide al Consejo que toda negativa por parte de terceros países a colaborar en el restablecimiento del derecho de custodia en el caso de secuestro vaya acompañada de repercusiones políticas y económicas en interés del niño;

35. Considera que el pluralismo cultural de nuestras sociedades democráticas se protegerá, entre otras cosas, promoviendo un sistema escolar pluralista que conserve la riqueza cultural europea, pero que al mismo tiempo fomente, a través de intercambios de escolares, el conocimiento de las distintas culturas europeas y consolide con ello la construcción de la Casa Europea;

36. Pide a los Estados miembros que tengan en cuenta las recomendaciones del ACNUR relativas a los niños no acompañados que solicitan asilo;

37. Pide a los Estados miembros que admitan en su territorio a los refugiados menores de edad no acompañados con vistas a la reunifica-



ción familiar y concedan a tales niños unos cuidados equivalentes a los que reciben los niños del Estado de acogida;

38. Pide a los Estados miembros que impongan a las personas que se ocupan de los niños una formación especial;

39. Pide a los Estados miembros que adopten normas por las que se prohíba que las personas que han sido condenadas por actos de pedofilia ejerzan actividades en contacto con los menores;

40. Pide a la Comisión que tome iniciativas para apoyar de forma óptima la formación continua y perfeccionada de los padres y de los educadores profesionales en relación con los derechos del niño y con la función que a ellos les corresponde y que desarrolle una política de información orientada a permitir que los niños tomen conciencia de sus derechos;

41. Pide, por consiguiente, a todos los Estados miembros que no lo hayan hecho todavía que patrocinen y apoyen económicamente la creación de un servicio telefónico gratuito (como, por ejemplo, el «teléfono azul» en Italia), para que los niños de toda la UE puedan tener acceso inmediato a ayuda e información;

42. Pide a los Estados miembros que cooperen más estrechamente por lo que se refiere a la legislación y la acción de las autoridades públicas en materia de delitos contra los menores;

43. Encarga a su Presidente que transmita la presente resolución al Consejo, a la Comisión, a los Gobiernos y a los Parlamentos de los Estados miembros, a la UNICEF y a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

#### **48. Resolución del Parlamento Europeo sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados miembros en materia de adopción de menores (DOCE C, núm. 20, de 20 de enero de 1997).**

El Parlamento Europeo,

1. Opina que toda intervención legislativa y administrativa encaminada a hacer más fácil la adopción deberá encuadrarse siempre en una política decidida de ayudas económico-sociales a las familias en dificultades y de intervenciones de apoyo dirigido a prevenir el abandono de los menores o su acogida en una institución;

2. Considera que los Estados miembros deberían examinar la posibilidad de incluir en el derecho nacional la adopción también por parte de personas a título individual, en aquellos casos en que lo exija el interés del menor y en que la adopción por parte de una pareja no sea posible;

3. Pide a los Estados miembros y a los Estados candidatos a la adhesión que aún no lo hayan hecho que ratifiquen cuanto antes el precitado Convenio de La Haya de 1993, resolviendo los conflictos existentes entre ordenamientos jurídicos que contemplan una competencia de la autoridad

judicial y ordenamientos que, por el contrario, contemplan una competencia de la autoridad administrativa en materia de adopción;

4. Pide a la Comisión y al Consejo que presionen de forma continuada a los terceros países de donde provienen los niños que se adoptan en los países de la Unión Europea, con objeto de que ratifiquen el Convenio de La Haya en el plazo más breve posible;

5. Considera que el carácter contractual de la adopción, consagrado por algunos ordenamientos nacionales, que no prevén un control jurisdiccional más que en la fase de homologación, puede crear algunos problemas de carácter ético y jurídico que van más allá que la relación entre los progenitores de origen y los padres adoptivos;

6. Reitera el principio de que la adopción, tanto nacional como internacional, únicamente puede llevarse a cabo una vez que las autoridades públicas competentes, en colaboración con las ONG de carácter humanitario, cuando proceda, hayan declarado que el menor se encuentra en situación de adopción, con la garantía de que todas las autorizaciones —en el caso de que sean preceptivas— de las personas o instituciones que tienen la patria potestad se han realizado libremente y por escrito;

7. Pide a los Estados miembros que establezcan instrumentos para preparar, ayudar y acompañar a las parejas candidatas a la adopción nacional e internacional;

8. Pide a los Estados miembros que armonicen la franja de edad que da derecho a los candidatos a solicitar una adopción;

9. Pide que, habida cuenta de las dificultades que entraña la adopción internacional, los Estados miembros únicamente concedan autorización para la adopción tras haber comprobado que se cumplen los requisitos exigidos a los candidatos a padres adoptivos;

10. Pide a los Estados miembros que, en los procedimientos de adopción únicamente admitan la mediación de los organismos públicos o de las organizaciones reconocidas y autorizadas por el Estado que no tengan ánimo de lucro y que ofrezcan plenas garantías;

11. Lamenta los insuficientes avances realizados en el capítulo VI del Tratado CE relativo a los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior con respecto a las ambiciones de la Unión y a los retos que debe afrontar;

12. Pide al Consejo de Europa que continúe su acción jurídica y social relativa a la política familiar en general y a la adopción en particular, en colaboración con los Estados miembros del Consejo de Europa, especialmente para desempeñar ante los Estados de la Europa Central y Oriental (países que proporcionan niños en adopción) su función de órgano de coordinación entre los países en transición democrática y los Estados de Derecho europeos;

13. Pide al Consejo y a la Comisión que en el contexto de la cooperación con los Estados asociados, intensifiquen sus actividades en el ámbito jurídico y social relacionadas con los problemas de la adopción dentro del respeto de las normas internacionales vigentes;

14. Pide a la Comisión que presente propuestas concretas de acciones adecuadas que favorezcan la cooperación en materia civil, orientadas especialmente a prevenir el abandono y asegurar, en la medida de lo posible, la permanencia del niño en su familia de origen o, en su caso, en una familia adoptiva o de acogida de su país;

15. Considera que es imprescindible que el Consejo apruebe a la mayor brevedad acciones comunes sobre la base de la letra *b)* del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la UE con objeto de:

- establecer una política de visados con el fin de evitar que los niños sean objeto de prácticas ilícitas por parte de redes de adopción internacionales al amparo de la libre circulación de personas en la Unión Europea,

- luchar contra la entrada ilegal de niños en la Unión Europea, basándose en una política uniforme, pudiendo recurrirse en este ámbito al Sistema de Información Schengen,

- prevenir y luchar contra el secuestro y tráfico de niños,

- elaborar un programa de desarrollo de iniciativas en materia de formación y de intercambios destinado a las personas responsables en materia de lucha contra el secuestro y tráfico de niños,

- examinar la posibilidad de ampliar las competencias de Europol a las redes que controlan el tráfico de niños con fines de adopción, y ello en el ámbito del mandato de Europol en materia de trata de seres humanos;

16. Pide a las autoridades comunitarias competentes que incluyan proyectos específicos para el establecimiento de programas de prevención y de protección de la infancia abandonada y que tengan como objetivo el control, por parte de los países de origen, de los intermediarios necesarios para la adopción internacional;

17. Pide que se reintegre la dimensión europea en el marco de la adopción internacional con el fin de dar un cauce formal a los contactos entre las autoridades centrales designadas por los Estados miembros, por una parte, y, por otra, crear los instrumentos apropiados de decisión y de gestión y, en particular, crear un centro de referencia internacional bajo la forma de banco de datos informatizado y de unidad de investigación y evaluación de las actuaciones en materia de adopción;

18. Pide a los Estados miembros que lleven a cabo iniciativas educativas para difundir el concepto de adopción como instrumento al servicio de los derechos del niño y no de los adultos, así como para poner con ello de manifiesto el valor social de la adopción como instrumento de acogida, incluso en el caso de que los progenitores rechacen el que su hijo crezca en un ambiente familiar adecuado o se enfrente a dificultades insuperables para conseguir este objetivo;

19. Encarga a su Presidente que transmita la presente resolución al Consejo, a la Comisión, a los Gobiernos y Parlamentos de los Estados miembros, a la UNICEF y a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

## RELACIONES EXTERIORES

49. **Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Comunidad Europea de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* de 10 de diciembre de 1982 y del Acuerdo de 28 de julio de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI de dicha Convención (DOCE C, núm. 155, de 23 de mayo de 1997, p. 1).**

## SEGURIDAD SOCIAL

50. **Propuesta modificada de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifican en favor de los trabajadores en desempleo del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 (DOCE C, núm. 161, de 28 de mayo de 1997, p. 5).**

## SOCIEDADES

51. **Propuesta modificada de Decisión del Consejo relativa al Tercer Programa plurianual en favor de las pequeñas y medianas empresas (PYME) de la Unión Europea (1997-2000) (DOCE C, núm. 61, de 27 de febrero de 1997, p. 18).**

## TELECOMUNICACIONES

52. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la *telefonía vocal* y al servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, por la que se sustituye la Directiva 95/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE C, núm. 371, de 9 de diciembre de 1996, p. 22).**
53. **Posición común (CE) núm. 6/97, de 9 de diciembre de 1996, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189.B) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un planteamiento armonizado de autorización en el ámbito de los servicios**

- de comunicaciones personales por satélite en la Comunidad (DOCE C, núm. 41, de 10 de febrero de 1997, p. 37).**
54. **Posición común (CE) núm. 7/97, de 9 de diciembre de 1996, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189.B) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicación (DOCE C, núm. 41, de 10 de febrero de 1997, p. 48).**

#### TRANSPORTES

55. **Propuesta modificada de Reglamento (CE) del Consejo sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (DOCE C, núm. 29, de 30 de enero de 1997, p. 10).**

En el núm. 32 de la Crónica aparecida en el *ADC* núm. III de 1996 ya se dio cuenta de la propuesta de Reglamento de la que la presente trae causa. Las modificaciones más sobresalientes son las relativas al tope mínimo por debajo del cual no será posible excluir o limitar la responsabilidad, que pasa de 100.000 ecus a 120.000; se sustituye también la cantidad a tanto alzado de 50.000 ecus que la compañía debería adelantar en caso de muerte por una fórmula más difusa: «... la compañía realizará los pagos anticipados que sean necesarios para hacer frente a las necesidades económicas inmediatas»; en materia de acceso a los tribunales, el artículo 7 de la propuesta se sustituye por otro en el que a los fueros del Convenio de Varsovia se añade el del Estado miembro en el que el pasajero afectado tuviese su domicilio en el momento del accidente (anteriormente se hablaba de domicilio o residencia permanente; asimismo se hablaba de «procedimiento por responsabilidad», mientras que ahora figura «recurso de indemnización»); por último, se introduce un artículo 7 bis, a cuyo tenor, en caso de muerte, herida o lesión corporal de un pasajero, ninguna disposición del presente Reglamento podrá interpretarse de tal modo que: *a)* implique que una compañía aérea comunitaria sea la única parte obligada a indemnizar por daños; *b)* restrinja los derechos de una compañía aérea comunitaria a ser indemnizada total o parcialmente por cualquier tercero de conformidad con la legislación aplicable.

56. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Blanco sobre la gestión del tráfico aéreo - Liberalización del espacio aéreo europeo» (DOCE C, núm. 56, de 24 de febrero de 1997, p. 16).**

El CES estima que es necesario actuar en el sistema actual de gestión del tráfico aéreo en Europa con el fin de reducir los retrasos, garantizar la

seguridad aérea y dar coherencia a los sistemas nacionales de gestión. Para ello propone una solución multinacional orientada a un sistema que trascendiera las propias fronteras de la Comunidad con el reforzamiento de la posición de EUROCONTROL (organismo que en la actualidad proporciona el control del tráfico en el espacio aéreo superior para los países del Benelux y el norte de Alemania y al que no pertenecen ni España ni Finlandia); la posición reforzada le conferiría una mayor competencia reguladora.

57. **Posición común (CE) núm. 16/97, de 24 de febrero de 1997, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189.C) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo sobre la *responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente* (DOCE C, núm. 123 de 21 de abril de 1997, p. 89).**

La posición común adoptada por el Consejo corresponde en gran medida a la propuesta modificada presentada por la Comisión y tiene en cuenta la mayoría de las enmiendas adoptadas por el Parlamento Europeo. Las demás modificaciones introducidas por el Consejo aclaran los límites de la responsabilidad de los transportistas aéreos y los derechos de las personas que pueden percibir compensaciones, reduciendo simultáneamente las obligaciones burocráticas de los Estados miembros.

58. **Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 96/26/CE relativa al acceso a la profesión de transportista de mercancías y de transportista de viajeros por carretera, así como al reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos destinados a favorecer el ejercicio y la *libertad de establecimiento de estos transportistas* en el sector de los transportes nacionales e internacionales (DOCE C, núm. 95, de 24 de marzo de 1997, p. 66).**
59. **Propuesta modificada de Reglamento (CE) del Consejo que modifica el Reglamento (CEE) núm. 684/92 por el que se establecen normas comunes para los *transportes internacionales de viajeros* efectuados con autocares y autobuses (DOCE C, núm. 107, de 5 de abril de 1997, p. 3).**
60. **Posición común (CE) núm. 21/97, de 14 de abril de 1997, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189.C) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo que modifica el Reglamento (CEE) núm. 684/92 por el que se establecen normas comunes para los *transportes internacionales de viajeros efectuados con autocares y autobuses* (DOCE C, núm. 164, de 30 de mayo de 1997, p. 1).**

61. **Posición común (CE) núm. 22/97, de 14 de abril de 1997, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189.C) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo por el que se determinan las condiciones de admisión de los *transportistas no residentes* a los transportistas nacionales de viajeros por carretera en un Estado miembro (DOCE C, núm. 164, de 30 de mayo de 1997, p. 17).**

*Vid.* el núm. 20 de la Crónica aparecida en el *ADC* núm. III de 1996.

## II. PREGUNAS ESCRITAS CON RESPUESTA

62. **Pregunta escrita E-2609/96 de Noël Mamère (V) a la Comisión (11 de octubre de 1996). Asunto: Transposición de la Primera Directiva sobre las marcas a los Derechos respectivos de los quince Estados miembros. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (19 de noviembre de 1996).**

*Pregunta:* ¿Han transpuesto los quince Estados miembros a sus Derechos respectivos la Primera Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, sobre las marcas?

¿Qué ha ocurrido en particular en Austria, Bélgica, Finlandia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos y Suecia?

¿Qué cuenta hacer la Comisión para remediar las distorsiones de la competencia en el seno del mercado único que podrán resultar de una eventual falta de transposición?

*Respuesta.* Todos los Estados miembros han incorporado a sus legislaciones la Directiva (CE) núm. 89/104, del Consejo.

Austria, Finlandia y Suecia incorporaron la Directiva en su legislación sobre marcas durante el período de creación del Espacio Económico Europeo (Austria con efectos a 1 de enero de 1993 y Finlandia con efectos a 1 de febrero de 1993). Los Estados miembros del Benelux unificaron su legislación sobre marcas a través de la Ley uniforme de marcas del Benelux de 19 de marzo de 1962, que entró en vigor el 1 de enero de 1971. La Directiva se incorporó a dicha ley con efectos a partir del 1 de enero de 1996. Irlanda ha incorporado la Directiva a través de la Ley de Marcas de 1996, que entró en vigor el 4 de julio de 1996.

El Tratado de la CE encomienda a la Comisión la tarea de velar por que la legislación de incorporación se aplique apropiadamente. En consecuencia, la Comisión está examinando actualmente las leyes de marcas de los Estados miembros para determinar si la Directiva se ha incorpora-

do correctamente a su legislación. Si algún Estado miembro hubiera incumplido las obligaciones impuestas por la Directiva, la Comisión, en virtud del artículo 169 del Tratado CE, adoptará las medidas oportunas para que la legislación de ese Estado miembro sea conforme a la citada Directiva.

**63. Pregunta escrita E-2314196, de Martina Gredler (ELDR) a la Comisión (27 de agosto de 1996). Asunto: Derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos. Respuesta del Sr. Van Miert en nombre de la Comisión (18 de octubre de 1996).**

*Pregunta:* La compra de los derechos de retransmisión de grandes acontecimientos deportivos internacionales por emisoras del sector público parece verse amenazada por la agrupación de las emisoras privadas, pues éstas disponen de posibilidades financieras mucho mayores.

¿Qué medidas tiene la intención de adoptar la Comisión?

¿Se esforzará la Comisión por garantizar que se dé un trato preferente a las emisoras públicas en relación con la retransmisión de acontecimientos deportivos?

¿Concederá la Comisión a las emisoras del sector público un derecho de tanteo en relación con los grandes acontecimientos deportivos?

*Respuesta:* A causa de la popularidad de algunos grandes acontecimientos deportivos, la adquisición de los derechos para su retransmisión tiene una gran importancia económica para las cadenas de radiodifusión que quieren forjar o consolidar su audiencia, ya sean operadores de cadenas de acceso libre o de paso. Los operadores de las cadenas cifradas, que en la actualidad gozan de una buena implantación en el mercado y de una suficiente capacidad financiera, puján en las subastas con la esperanza de obtener derechos que les permitirán captar nuevos abonados.

Esta situación puede, pues, generar un conflicto de intereses entre la preocupación por garantizar el desarrollo de los servicios audiovisuales y la de salvaguardar el acceso del mayor número de personas a esas grandes manifestaciones deportivas internacionales. Por otra parte, el problema se plantea más en términos de competencia entre dos modos de difusión (el de la televisión de libre acceso y el de la televisión de pago) que en términos de competencia entre emisoras públicas y privadas.

Desde el punto de vista comunitario, la cuestión del acceso del público a los principales acontecimientos puede guardar relación con la política de competencia.

En su decisión de exención adoptada en 1993, en aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CE en el asunto Unión Europea de Radiodifusión (UER)-Eurovisión, la Comisión había tomado en consideración para la concesión de la exención —entre otros elementos— el hecho de que los miembros de la UER garantizaban una cobertura muy amplia



de población para la retransmisión de grandes acontecimientos deportivos, cuyos derechos adquirirían en común dentro de Eurovisión. Sin embargo, esta decisión acaba de ser anulada por el Tribunal de Primera Instancia.

De la sentencia del Tribunal se desprende que no puede pretenderse reservar a las emisoras públicas un trato preferente para los derechos de retransmisión de los grandes acontecimientos deportivos por el único motivo de que persiguen un objetivo calificado como «función especial de interés público». Por otra parte, es importante para la Comisión velar por no obstaculizar el desarrollo de las cadenas de televisión de pago y de los servicios de pago por sesión, cuya aparición se ha visto favorecida por el proceso tecnológico.

Por último, conviene recordar que los Estados miembros conservan la facultad de adoptar medidas a fin de garantizar el acceso del mayor número de personas a los acontecimientos importantes, siempre que esas medidas respeten el Derecho comunitario.

Tras la resolución sobre la retransmisión televisada de manifestaciones deportivas, adoptada por el Parlamento el 22 de mayo de 1996, la Comisión se ha comprometido a comprobar si para evitar los abusos basta con la aplicación concertada de las normas existentes. Si no es así, habría entonces que analizar la oportunidad de un instrumento jurídico *ad hoc* a escala europea. Este análisis, en curso de realización, dará pie a una comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo.

64. **Pregunta escrita E-2255/96, de Klaus-Heiner Lehne (PPE) a la Comisión (9 de agosto de 1996). Asunto: Competencia entre las entidades de gestión colectiva de derechos de autor en el sector de la música. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (12 de noviembre de 1996).**

*Pregunta:* En el Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información, la Comisión Europea defendía la opinión de que deben conservarse las estructuras de monopolio nacional existentes actualmente entre las entidades de gestión colectiva en el sector de la música, y no preveía el paso a una situación de competencia entre dichas entidades. A este respecto, se plantean las siguientes preguntas:

1. ¿Opina la Comisión que, en estas circunstancias, se presta la suficiente atención a los intereses del consumidor?
2. ¿No exigen también las disposiciones de los Tratados, por ejemplo, los artículos 7 A y 59 del Tratado CE, que se establezca una situación de competencia a escala europea entre las entidades de gestión colectivas? ¿No se corre el riesgo de que los diferentes sistemas de tarifas utilizados por las entidades de gestión en el sector de la música originen una situación desigual en el mercado interior?

3. En opinión de la Comisión, ¿cuáles son los argumentos contrarios a establecer una situación de competencia entre las distintas entidades de gestión colectiva?

4. ¿No es precisamente la competencia entre las entidades de gestión colectiva lo que permite imponer tarifas de explotación acordes con el mercado y, con ello, satisfacer los intereses del consumidor?

*Respuesta:* La cuestión de la gestión de los derechos de autor ha sido objeto de amplia consulta entre los sectores interesados, en el marco del Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información. En dicho documento, la Comisión no se pronuncia sobre la estructura de las sociedades de explotación, sino que realiza una reflexión que iría más bien en torno a los métodos de gestión de las obras y prestaciones en la sociedad de la información.

La gestión colectiva constituye uno de los diversos métodos de gestión de derechos existentes. En general, es considerada una forma racional de explotación de las obras literarias y artísticas, puesto que garantiza un equilibrio satisfactorio entre los titulares de los derechos y la industria cultural, por un lado, y los destinatarios de las obras, por otro. Así pues, la Comisión ha reconocido la importancia del papel de este tipo de gestión en varias Directivas. El carácter específico de la gestión colectiva justifica, por regla general, una postura de exclusividad de las sociedades de gestión con respecto a los usuarios, a fin de que los titulares de los derechos y dichos usuarios puedan beneficiarse plenamente de ella. Por consiguiente, las sociedades de gestión se encuentran a menudo en una situación dominante de hecho. No obstante, ninguna disposición legislativa impide la creación de sociedades de gestión competidoras. En algunos Estados miembros existen sociedades de gestión competidoras que explotan los mismos repertorios. En la mayoría de los casos, este tipo de situación se traduce, en la práctica, en un aumento de los gastos administrativos, tanto para las sociedades de gestión como para los usuarios, lo que va en detrimento de los ingresos percibidos por los titulares de los derechos, así como en una disminución de la seguridad jurídica.

Aunque las sociedades de gestión colectiva mantengan una posición dominante de hecho, su constitución y sus normas de funcionamiento se enmarcan en una serie de disposiciones que, hasta el momento, no han sido armonizadas a escala comunitaria. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha establecido hace ya tiempo el principio de aplicación de las normas del derecho de competencia a estas entidades y ha tenido ocasión de aplicarlas repetidamente para penalizar determinadas prácticas de dichas sociedades. Así pues, los intereses de los consumidores se han tenido plenamente en cuenta y se ha garantizado al mismo tiempo el respeto de los derechos de los creadores y otros titulares de derechos afines.

En el Libro Verde ya mencionado, la Comisión indicaba que las especiales características de las obras multimedia y de la explotación de las obras sobre las redes digitales generadas por la sociedad de la información

requerían una gestión más racional de las obras y prestaciones difundidas por medio de esos soportes. En relación con este aspecto, la Comisión ha tomado nota de ciertas operaciones de reagrupación que se están llevando a cabo en algunos Estados miembros y que tienen por objeto crear sistemas de gestión centralizados. La Comisión se muestra interesada por tales operaciones en la medida en que pueden hacer más exigentes las condiciones de adquisición de los derechos. En cualquier caso, como se confirmó en la audiencia convocada por la Comisión los días 1 y 8 de enero de 1996, relativa a los sistemas técnicos de protección y a la administración de los derechos, tales procesos de reagrupación deben tener carácter voluntario. Por último, la Comisión señaló que dichas reagrupaciones deberían realizarse respetando la legislación comunitaria de competencia.

Por último, la Comisión desea recordar que las tarifas aplicadas por las sociedades de gestión se fijan mediante una negociación contractual que debe tener en cuenta el mercado y los intereses en juego. Una mera diferencia de tarifas no constituiría nunca un criterio suficiente para tener en cuenta unas condiciones de transacción no equitativas. El Tribunal de Justicia ha indicado que las comparaciones relativas a los niveles de tarifas deben realizarse partiendo de una base homogénea y teniendo en cuenta las diferencias objetivas existentes entre los diversos Estados miembros.

65. **Pregunta escrita E-2664/96, de Amedeo Amadeo (NI) a la Comisión (15 de octubre de 1996). Asunto: *Concentración de los medios de comunicación*. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (2 de diciembre de 1996).**

*Pregunta:* Por lo que se refiere a la concentración de los medios de información y al pluralismo, no pueden dejarse de señalar las divergencias actuales entre las normas nacionales y el hecho de que son cada vez más evidentes las consecuencias negativas de dichas divergencias.

Algunos Estados miembros limitan al 25 o al 49 por 100 la participación de una persona en una empresa de radio o de televisión; otros limitan a una, dos o tres como máximo el número de empresas de este tipo controladas por una misma persona; por último, otros limitan la posibilidad de que el propietario de un periódico que alcance una tirada determinada controle una empresa de radio o de televisión. Este hecho dificulta en gran medida las inversiones transfronterizas porque lleva a las empresas a adoptar decisiones en función de las cuestiones normativas en lugar de hacerlo sobre la base de las perspectivas económicas.

¿Puede la Comisión establecer normas comunes a nivel europeo para fomentar el desarrollo de la industria europea de los medios de información, garantizando al mismo tiempo una protección suficiente al pluralismo?

*Respuesta:* Los trabajos emprendidos por la Comisión desde hace varios años, relativos a la normativa sobre la propiedad de los medios de

comunicación, tienen precisamente por objeto hallar soluciones que permitan suprimir los obstáculos al buen funcionamiento del mercado interior creados por las disparidades nacionales al respecto. Estos trabajos se refieren principalmente a las disposiciones que limitan a un importe máximo la participación en el capital de las empresas de radiodifusión y a las que limitan el número de medios de comunicación que pueden ser controlados por una misma persona. Actualmente la Comisión está examinando la posibilidad de presentar próximamente una propuesta de Directiva relativa a una aproximación de las disposiciones sobre la propiedad de los medios de comunicación.

**66. Pregunta escrita E-3246196, de José García-Marcallo y Marfil (PPE) a la Comisión (28 de noviembre de 1996). Asunto: Directivas de *propiedad intelectual* transpuestas por España. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión. (11 de febrero de 1997).**

*Pregunta:* En el programa de trabajo de la Comisión para 1997 [COM(96)507 final] se reconoce que el mercado interior está sin concluir.

El informe sobre el mercado único en 1995 (doc. A4-0323/96) se lamenta de que en algunos sectores sensibles las iniciativas emprendidas por la Comisión no han conseguido garantizar una transposición adecuada de las normas comunitarias, especialmente en el área de contratos públicos, seguros, propiedad intelectual y derecho de sociedades.

¿Cuáles son las directivas en materia de propiedad intelectual no transpuestas por España?

*Respuesta:* En lo que se refiere a la propiedad industrial, la única Directiva que ha sido objeto de transposición por parte de España en este ámbito es la Directiva 89/104/CEE, relativa a las marcas. La legislación de transposición está siendo valorada actualmente para verificar su coherencia con los requisitos comunitarios.

En relación con el derecho de autor y derechos afines, son cinco las Directivas existentes. El plazo de incorporación de cuatro de ellas ya ha finalizado y el correspondiente a la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos, expira el 31 de diciembre de 1997.

España ha notificado a la Comisión medidas de incorporación en lo que se refiere a la Directiva 91/250/CEE (programas de ordenador), la Directiva 92/100/CEE (derechos de alquiler y préstamos y determinados derechos afines), la Directiva 93/83/CEE (radiodifusión vía satélite y distribución por cable) y la Directiva 93/98/CEE (plazos del derecho de autor y derechos afines).

Un análisis de la legislación española de transposición de la Directiva 93/83/CEE ha puesto de manifiesto una infracción concreta en cuestiones sustantivas. Las autoridades españolas han reconocido esta insuficiencia y han prometido tomar medidas al respecto.

67. **Pregunta escrita E-3249196, de José García-Margallo y Marfil (PPE) a la Comisión (5 de diciembre de 1996). Asunto: Acciones de la Comisión sobre *propiedad intelectual*. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (17 de febrero de 1997).**

*Pregunta:* En el programa de trabajo de la Comisión para 1997 [COM(96)507 final] se reconoce que el mercado interior está sin concluir.

En la lista de acciones previstas se alude a una comunicación interpretativa de la Directiva sobre la propiedad intelectual.

¿Piensa la Comisión adoptar alguna acción para hacer efectivo el principio de un mercado interior en este sector?

*Respuesta:* Una de las prioridades de la Comisión para 1997 es una mayor realización del mercado único. Esto requiere, entre otras cosas, una mayor armonización de determinados aspectos de la protección de la propiedad intelectual, con un énfasis particular en las nuevas tecnologías.

La comunicación de la Comisión sobre derechos de autor, derechos afines en la sociedad de la información, es el resultado final de un extenso proceso de consultas en la materia, a la cual contribuyó activamente el Parlamento. Resalta las iniciativas legislativas necesarias para lograr la igualdad de condiciones a escala comunitaria para los derechos de autor, los derechos afines, que se ha hecho aún más esencial con la aparición de la sociedad de la información, que el contenido de la mayoría de los nuevos productos y servicios están protegidos por la propiedad intelectual. La acción comunitaria que se propondrá en la primera mitad de 1997 se centrará en una mayor armonización del derecho de reproducción (copia) de material protegido, el derecho a comunicar públicamente material protegido, el derecho a distribuir material protegido, así como en la protección armonizada contra la elusión de la gestión de los derechos de autor electrónicos y en sistemas o dispositivos de protección.

Otros problemas igualmente fundamentales para la explotación de derechos de autor en el mercado único (relacionados con el derecho a difundir material protegido, la legislación aplicable y su cumplimiento, la gestión de los derechos y los derechos morales que protegen el vínculo personal entre el autor y su obra) necesitan un mayor estudio antes de que puedan presentarse propuestas finales.

68. **Pregunta escrita E-3445/96, de Hiltrud Breyer (V) al Consejo (4 de diciembre de 1996). Asunto: *Protección transfronteriza de los consumidores*. Respuesta (10 de marzo de 1997).**

*Pregunta:* 1. ¿Apoya el Consejo los proyectos relativos a la protección transfronteriza de los consumidores?

2. ¿Considera el Consejo que deben apoyarse los trabajos relativos a la protección transfronteriza de los consumidores?

*Respuesta:* La Comisión presentó al Consejo dos iniciativas destinadas en particular a la protección transfronteriza de los consumidores, que junto con varias Directivas adoptadas o que se están tramitando crean importantes derechos para los consumidores de todos los Estados miembros.

La primera iniciativa es la Comunicación de la Comisión relativa a un plan de acción sobre el acceso a la justicia, respecto a la cual, en su sesión de 25 de noviembre de 1996, el Consejo adoptó conclusiones en las que destaca su interés por la significación de la solución de litigios transfronterizos mediante procedimientos no judiciales y otros procedimientos comparables y respalda la intención de la Comisión de poner en marcha voluntariamente proyectos piloto en la materia de distintos Estados miembros.

La segunda iniciativa es una propuesta de Directiva relativa a las acciones inhibitorias en materia de protección de los intereses de los consumidores cuyo contenido conoce su señoría (cf. el dictamen del Parlamento Europeo de 13 de noviembre de 1996). El Consejo sostuvo un segundo debate de orientación sobre esta propuesta en su sesión de 25 de noviembre, para adoptar una posición común en una de sus próximas sesiones.

**69. Pregunta escrita E-0150/97, de Amedeo Amadeo (NI) a la Comisión (3 de febrero de 1997). Asunto: Crédito al consumo. Respuesta común a las preguntas escritas E-0150/97 y E-0151/97, dada por la Sra. Bonino en nombre de la Comisión (6 de marzo de 1997).**

*Pregunta:* En relación con el Informe sobre la aplicación de la Directiva 90/88 y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 87/102/CEE, modificada por la Directiva 90/88/CEE) relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo [COM(96)79].

Dicha propuesta consiste en un informe sobre la aplicación de la Directiva 90/88/CEE previsto en la letra *b*) del apartado 5 del artículo 1 bis de la Directiva 87/102 modificada, que expone la situación de los Estados miembros al finalizar el período transitorio en el que se les permitía aplicar una fórmula matemática diferente. Además de algunas modificaciones de carácter lingüístico y formal, por las que se suprimen las referencias al período transitorio, que expiró el 1 de enero de 1996, el informe propone la introducción de un símbolo añadido a las denominaciones utilizadas por los Estados miembros en la publicidad y en los contratos escritos.

Pedimos a la Comisión que prorrogue la facultad concedida a algunos Estados miembros de utilizar un método distinto para el cálculo del TAEG hasta la aprobación de la Directiva y se pongan de manifiesto los costes de adaptación de los programas informáticos. Por los mismos

motivos, y dada la marginal importancia intrínseca de las modificaciones propuestas, pedimos que también se aplaze la entrada en vigor de la Directiva hasta la fecha de la entrada en vigor de la moneda única.

70. **Pregunta escrita E-0151197, de Amedeo Amadeo (NI) a la Comisión (3 de febrero de 1997). Asunto: Crédito al consumo. Respuesta común a las preguntas escritas E-0150/97 y E-0151/97, dada por la Sra. Bonino en nombre de la Comisión (6 de marzo de 1997).**

*Pregunta:* En relación con el Informe sobre la aplicación de la Directiva 90/88 y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 87/102/CEE (modificada por la Directiva 90/88//CEE), relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo.

Dicha propuesta es la consecuencia lógica y previsible de los trabajos relativos a la revisión de la primera Directiva sobre el crédito al consumo.

Si bien aprobamos el objetivo de ésta, a saber, la armonización general del método de cálculo del tipo de interés anual efectivo (TAEG) que permita la equiparación de los porcentajes aplicados a los créditos en los distintos países del Espacio Económico Europeo, pedimos a la Comisión que advierta a los consumidores los riesgos de una excesiva simplificación, sobre todo a la hora de comparar los distintos tipos de cambio sin tener en cuenta las distintas monedas y economías de los Estados miembros, que no interpreten el símbolo europeo que acompaña al TAEG como una aprobación oficial.

*Respuesta común a las preguntas escritas E-0150/97 y E-0151/97:* Invito a su señoría a que consulte la posición adoptada por la Comisión en la sesión plenaria del Parlamento celebrada el 19 de febrero de 1997, con motivo del debate y de la votación en primera lectura sobre la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 8/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo.

### III. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

#### APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

71. **STJCE de 20 de marzo de 1997. Asunto C-13/96. Bic Benelux SA/État belge. Cuestión prejudicial. Obligación de notificación previa con arreglo a la Directiva 83/189/CEE, del Consejo,**

de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, en su versión modificada por la Directiva 88/182/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1988. Reglamentos y especificaciones técnicas. Mercado de los productos gravados con el impuesto ecológico.

72. STJCE de 20 de marzo de 1997. Asunto C-294/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Cuestión prejudicial. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 93/42/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios.
73. STJCE de 23 de enero de 1997. Asunto C-181/95. *Biogen Inc./Smithkline Beecham Biologicals SA*. Cuestión Prejudicial. Reglamento CEE núm. 1768/92, del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos. El Reglamento (CEE) núm. 1768/92, del Consejo, no se opone a que se conceda un certificado complementario de protección a cada titular de una patente de base. No obliga al titular de la autorización de comercialización a dar al titular de una patente una copia de la citada autorización. Cuando el titular de la patente de base y el titular de la autorización de comercialización del producto como medicamento son personas distintas, y el titular de la patente no está en condiciones de proporcionar una copia de la autorización contemplada en la letra *b*) del apartado 1 del artículo 8 del Reglamento, la solicitud de certificado no debe denegarse por este simple motivo.
74. STJCE de 20 de febrero de 1997. Asunto C-135/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Bélgica. Incumplimiento de Estado. Directiva 91/659/CEE de la Comisión, de 3 de diciembre de 1991, por la que se adapta por primera vez al progreso técnico el anexo I de la Directiva 76/769/CEE, del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos. No adaptación del Derecho interno.

#### AYUDAS DE ESTADO

75. STJCE de 14 de enero de 1997. Asunto C-169/95. *Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Ayudas a la construcción de una fundición en la provincia de Teruel (España). El Reino de España solicitó, con arreglo al



artículo 173 del Tratado CE, la anulación de la Decisión 95/438/CE, de la Comisión, de 14 de marzo de 1995, relativa a las ayudas a la inversión concedidas por España a la empresa Piezas y Rodajes, SA, fábrica de fundición de acero instalada en la provincia de Teruel, Aragón, España. El Tribunal de Justicia decidió: 1. Desestimar el recurso. 2. Condenar en costas al Reino de España.

76. STJCE de 15 de abril de 1997. Asunto C-292/95. *Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas*. Recurso de anulación. Directrices sobre ayudas estatales al sector de los vehículos de motor. Prórroga con efecto retroactivo. Apartado 1 del artículo 93 del Tratado CE. Solicitud de anulación de la decisión de la Comisión, comunicada mediante escrito de 6 de julio de 1995, por la que se prorroga, con carácter retroactivo, a partir del 1 de enero de 1995, la Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992, que, a su vez, había prorrogado la vigencia de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector de los vehículos de motor. La Decisión impugnada fue objeto de la Comunicación 95/C 284/03, publicada en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».
77. STJCE de 15 de mayo de 1997. Asunto C-278/95 P. *Siemens SA/Comisión de las Comunidades Europeas*. Recurso de casación contra la sentencia de 8 de junio de 1995, Siemens/Comisión (T-459/93), por la que el Tribunal de Primera Instancia desestimó el recurso de anulación por ella entablado contra la letra c) del artículo 1 y contra el artículo 2 de la Decisión 92/483/CEE, de la Comisión, de 24 de junio de 1992, relativa a las ayudas concedidas por la región de Bruselas-Capital (Bélgica) en favor de las actividades de Siemens SA en los sectores de la informática y las telecomunicaciones. Ayudas de Estado. Ayudas generales, Calificación de las ayudas.
78. STJCE de 20 de marzo de 1997. Asunto C-24/95. *Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH*. Cuestión prejudicial. Ayuda de Estado. Interpretación del artículo 92 y del apartado 3 del artículo 93 del Tratado CE, respecto a la obligación de las autoridades nacionales de recuperar una ayuda de Estado ilegal ante las dificultades que resultan de una normativa nacional que protege al destinatario de la ayuda. Límites a la aplicación del Derecho nacional.
79. STPICE de 27 de febrero de 1997. Asunto T-106/95. *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Empresa pública. Servicio de Correos y Telecomunicaciones. Aplicación del artículo 92 del Tratado CE, en relación con el apartado 2 del artículo 90. Cos-

tes adicionales derivados del cumplimiento de una misión específica confiada a la empresa pública. Actividades competitivas.

#### COMPETENCIA

80. STJCE de 18 de marzo de 1997. Asunto C-282/95 P. *Guérin Automobiles/Comisión de las Comunidades Europeas*. Recurso de casación. Competencia. Denuncia. Recurso por omisión. Comunicación con arreglo al artículo 6 del Reglamento núm. 99/63/CEE. Definición de postura que pone fin a la omisión. Adhesión al recurso de casación limitada a las costas.
81. STJCE de 18 de marzo de 1997. Asunto C-343/95. *Diego Cali & Figli Srl/Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*. Cuestión prejudicial. Empresa portuaria Prevención de la contaminación. Monopolio legal. Abuso de posición dominante. El artículo 86 del Tratado CE debe interpretarse en el sentido de que una actividad de vigilancia anticontaminación, cuyo ejercicio hayan encargado los poderes públicos a una entidad de Derecho privado en un puerto petrolero de un Estado miembro, no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo, ni siquiera en el supuesto de que se obligue a los usuarios del puerto a pagar una remuneración destinada a financiar tal actividad.
82. STJCE de 20 de febrero de 1997. Asunto C-128/95. *Fontaine SA y otros/Aqueducs Automobiles SARL*. Cuestión prejudicial. Competencia. Distribución de automóviles. Importaciones paralelas. Reglamento (CEE) núm. 123/85, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles. Oponibilidad a terceros. Revendedor independiente. Concepto de vehículo nuevo y de vehículo de ocasión.
83. STJCE de 24 de abril de 1997. Asunto C-39/96. *Koninklijke Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels/Free Record Shop BV y Free Record Shop Holding NV*. Cuestión prejudicial. Artículo 85 del Tratado CE. Artículo 5 del Reglamento núm. 17 del Consejo. Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, en su versión modificada por el Reglamento núm. 59 del Consejo, de 3 de julio de 1962. Validez provisional de los acuerdos anteriores al Reglamento núm. 17 notificados a la Comisión. Validez provisional de los acuerdos modificados después de la notificación.

84. **STJCE de 5 de junio de 1997. Asunto C-41/96. *VAG-Händlerbeirat eV/SYD-Consult*. Cuestión prejudicial. Apartado 3 del artículo 85 del Tratado CE. Reglamento (CEE) núm. 123/85, de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles. Sistema de distribución selectiva. Estanqueidad del sistema como requisito para su oponibilidad a terceros.**

CONVENIO RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL

85. **STJCE de 9 de enero de 1997, Asunto C-383/95. *Petrus Wilhelmus Rutten/Cross Medical Ltd*. Cuestión prejudicial: Convenio de Bruselas. Número 1 del artículo 5, Tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación contractual. Contrato de trabajo. Lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo. Trabajo realizado en varios países. El lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo, a efectos de dicha disposición, es aquel en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales. Para la determinación concreta de dicho lugar, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo en uno de los Estados contratantes, donde posee un despacho desde el cual organiza sus actividades por cuenta de su empresa y al que regresa después de cada viaje profesional al extranjero.**
86. **STJCE de 20 de febrero de 1997. Asunto C-106/95. *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG)/Les Gravières Rhénanes SARL*. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materias civil y mercantil, tal como ha sido modificado por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Artículos 5.1 y 17. Acuerdo sobre el lugar de cumplimiento de la obligación. Convenio atributivo de competencia. Requisitos.**
87. **STJCE de 20 de marzo de 1997. Asunto C-295/95. *Jackie Farrell/James Long*. Cuestión prejudicial. Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materias civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y por el convenio de 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de la República Helénica. Número 2 del artículo 5. Concepto de «acreedor de alimentos».**

88. STJCE de 27 de febrero de 1997. Asunto C-220/95. *Antonius van den Boogaard/Paula Laumen*. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materias civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y por el Convenio de 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de la República Helénica. Interpretación del párrafo segundo del artículo 1. Concepto de regímenes matrimoniales. Concepto de obligación en materia de alimentos. Debe considerarse que una resolución, dictada en el contexto de un proceso de divorcio, por la que se ordena el pago de una cantidad global, así como la transmisión de la propiedad de determinados bienes de uno de los esposos a favor de su ex cónyuge, hace referencia a obligaciones en materia de alimentos y, en consecuencia, queda comprendida dentro del ámbito de aplicación del Convenio.

#### DERECHO DE SOCIEDADES

89. STJCE de 29 de mayo de 1997. Asunto C-311/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.
90. STJCE de 29 de mayo de 1997. Asunto C-312/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.

#### DERECHO INSTITUCIONAL

91. STJCE de 20 de febrero de 1997. Asunto C-114/94. *Intelligente systemen, Database toepassing, Elektronische diensten BV (IDE)/Comisión de las Comunidades Europeas*. Cláusula compromisoria. Competencia del Tribunal de Justicia para conocer del litigio entre entidad privada y Comisión en relación con un

- contrato relativo a la elaboración de un programa informático. Reclamación del pago del saldo y de una indemnización de daños y perjuicios. Reconvención en la que se solicita la devolución de los anticipos abonados.
92. STJCE de 20 de febrero de 1997. Asunto C-107/95 P. *Bundesverband der Bilanzbuchhalter eV/Comisión de las Comunidades Europeas*. Recurso de casación. Recurso de anulación. Admisibilidad. Negativa de la Comisión a iniciar un procedimiento por incumplimiento de Estado. Negativa de la Comisión a iniciar un procedimiento en base al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE.
93. STJCE de 23 de enero de 1997. Asunto C-246/95. *Myrienne Coen/Estado belga*. Cuestión prejudicial. Agente temporal. Procedimiento de selección. Solicitud de candidaturas a los Estados miembros. Recurso ante los órganos jurisdiccionales nacionales. El Tribunal de Justicia declaró: el artículo 179 del Tratado CE y los artículos 90 y 91 del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas deben interpretarse en el sentido de que los plazos de las vías de recurso que estas disposiciones establecen para impugnar una decisión de la Comisión no pueden reabrirse como consecuencia de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de la que resulte la irregularidad de un acto de dicho Estado, cuando este acto haya podido influir sobre la decisión de la Comisión que vaya a impugnarse.
94. STJCE de 29 de mayo de 1997. Asunto C-299/95. *Friedrich Kremzow/ República de Austria*. Cuestión prejudicial. Artículo 164 del Tratado CE Convenio Europeo de Derechos Humanos. Privación de libertad. Derecho a un proceso equitativo. Efectos de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Justicia, que conoce del asunto con carácter prejudicial, no puede proporcionar los elementos de interpretación necesarios para la apreciación por el órgano jurisdiccional nacional de la conformidad de una normativa nacional con los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza, tal como resultan, en particular, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuando dicha normativa se refiere a una situación que no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

## LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

95. STJCE de 29 de mayo de 1997. Asunto C-329/95. *VAG Sverige AB*. Cuestión prejudicial. Matriculación de vehículos. Certificado nacional en materia de emisiones de gases de escape. Com-

patibilidad con la Directiva 70/156/CEE, del Consejo, de 6 de febrero de 1970, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la homologación de vehículos a motor y de sus remolques, modificada por la Directiva 92/53/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992.

96. STJCE de 15 de abril de 1997. Asunto C-105/95. *Paul Daut GmbH & Co. KG/Oberkreisdirektor des Kreises Gütersloh*. Cuestión prejudicial. Directiva 64/433/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1964, relativa a problemas sanitarios en materia de intercambios intracomunitarios de carne fresca, en su versión modificada y codificada por la Directiva 91/497/CEE, del Consejo, de 29 de julio de 1991. Carne separada mecánicamente. Tratamiento térmico. Condiciones sanitarias de producción y comercialización. Intercambios intracomunitarios.
97. STJCE de 20 de marzo de 1997. Asunto C-352/95. *Phytheron International, SA/Jean Bourdon, SA*. Cuestión prejudicial. Artículos 30 y 36 del Tratado CE. Artículo 7 de la Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Producto fitosanitario. Importación paralela. Agotamiento.
98. STJCE de 25 de junio de 1997. Asunto C-114/96. *René Kieffer y Romain Thill*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Restricciones cuantitativas. Medidas de efecto equivalente. Reglamento (CEE) núm. 3330/91, del Consejo, de 7 de noviembre de 1991, relativo a las estadísticas de los intercambios de bienes entre Estados miembros. Estadísticas de los intercambios de bienes. Declaración detallada de todos los intercambios comunitarios. Compatibilidad con los artículos 30 y 34 del Tratado CE.
99. STJCE de 26 de junio de 1997. Asunto C-368/95. *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags-und vertriebs GmbH/Heinrich Bauer Verlag*. Cuestión prejudicial. Artículo 30 del tratado. Medidas de efecto equivalente. Difusión de publicaciones periódicas. Juegos y concursos. Prohibición nacional proporcionada al mantenimiento del pluralismo de la prensa.
100. STJCE de 7 de mayo de 1997. Asuntos acumulados C-321/94 a C-324/94. *Jacques Pistre y otros*. Cuestión prejudicial. Reglamento (CEE) núm. 2081/92, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios. Artículos 30 y 36 del Tratado CE. Normativa nacional relativa a la utilización de la denominación *montagne* para productos agrícolas y alimenticios.

## LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

101. STJCE de 5 de junio de 1997. Asunto C-398/95. *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion/Ypourgos Ergasias*. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Constituye un obstáculo, en el sentido del artículo 59 del Tratado CE, una normativa de un Estado miembro que, al obligar a las partes a adoptar la forma jurídica de contrato de trabajo, impide que las agencias de viajes y turismo, independientemente de dónde estén establecidas, celebren, en el marco de la realización de programas turísticos organizados por ellas en dicho Estado miembro, un contrato de prestación de servicios con un guía turístico titular de una autorización para ejercer allí su profesión y procedente de otro Estado miembro.
102. STJCE de 12 de junio de 1997. Asunto C-151/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Irlanda*. Incumplimiento de Estado. Matriculación de buques distintos de los buques de pesca. Requisito de nacionalidad del propietario. Incumplimiento por parte de Irlanda de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 6, 48, 52 y 58 del Tratado CE, así como del artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 1251/70, de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, y del artículo 7 de la Directiva 75/34/CEE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta ajena, al mantener en vigor disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que limitan el derecho a matricular buques, distintos de los buques de pesca, en el registro nacional irlandés a aquellas embarcaciones que pertenezcan en su totalidad o en parte al Gobierno, a un ministro de Estado, a un ciudadano irlandés o a una persona jurídica irlandesa.
103. STJCE de 12 de junio de 1997. Asunto C-266/95. *Pascual Merino García/Bundesanstalt für Arbeit*. Cuestión prejudicial. Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Artículo 73 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) núm. 2001/83, del Consejo, de 2 de junio de 1983, modificado por el Reglamento

- (CEE) núm. 3427/89, del Consejo, de 30 de octubre de 1989. **Ámbito de aplicación personal. Concepto de trabajador por cuenta ajena. Prestaciones familiares.**
104. STJCE de 13 de mayo de 1997. Asunto C-233/94. *República Federal de Alemania/Parlamento Europeo*. Directiva relativa a los sistemas de garantía de depósitos. Base jurídica. Obligación de motivar los actos. Principio de subsidiariedad. Proporcionalidad. Protección del consumidor. Supervisión por el Estado miembro de origen.
105. STJCE de 15 de mayo de 1997. Asunto C-250/95. *Futura Participations SA y otros/Administration des contributions*. Cuestión prejudicial. Artículo 52 del Tratado CEE. Libertad de establecimiento de las sociedades. Gravamen de los rendimientos de una sucursal. Imputación de rendimientos. Compensación de pérdidas anteriores. Sujeto pasivo que posee una sucursal en el territorio de un Estado miembro sin haber establecido en él su residencia. Relación económica entre las pérdidas y el territorio.
106. STJCE de 16 de enero de 1997. Asunto C-134/95. *Unità Socio-Sanitaria Locale n. 47 di Biella (USSL)/Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*. Cuestión prejudicial. Interpretación de los principios comunitarios establecidos en los artículos 48, 49, 54 y 90 del Tratado CE. El Tribunal de Justicia declaró: los artículos 48, 52 y 59 del Tratado CE no se aplican a una situación en la que todos los elementos están situados en el interior de un solo Estado miembro.
107. STJCE de 17 de junio de 1997. Asuntos acumulados C-65/95 y C-111/95. *The Queen/Secretary of State for the Home Department, ex parte: Mann Singh Shingara. The Queen/Secretary of State for the Home Department, ex parte: Abbas Radiom*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Excepciones. Directiva 64/221/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Derecho de entrada. Medios de impugnación.
108. STJCE de 17 de junio de 1997. Asunto C-70/95. *Sodemare SA y otros/Regione Lombardia*. Cuestión prejudicial. Libre establecimiento. Libre prestación de servicios. Artículos 52 y 58 del Tratado CE. Artículos 85 y 86, interpretados en relación con la letra g) del artículo 3 y los artículos 5 y 90 del Tratado CE. Residencias de ancianos. Requisito de inexistencia de ánimo de lucro: compatibilidad con el Tratado.



109. STJCE de 20 de febrero de 1997. Asuntos acumulados C-88/95, C-102/95 y C-103/95. *Bernardina Martínez Losada y otros/Instituto Nacional de Empleo (INEM) y otros*. Cuestión prejudicial. Artículos 48 y 51 del Tratado CE. Artículos 4, 48 y 67 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años. Ley General de la Seguridad Social española.
110. STJCE de 20 de febrero de 1997. Asunto C-344/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Bélgica. Incumplimiento de Estado. Artículo 48 del Tratado CE. Directiva 68/360/CEE, del Consejo, de 15 de octubre de 1968. Obligación de los nacionales de los demás Estados miembros que buscan empleo en Bélgica a abandonar el territorio tras un plazo de tres meses. Negativa a otorgar tarjeta de residencia de nacional de un Estado miembro. Exigencias de pagos por documentación relativa a la residencia.
111. STJCE de 20 de marzo de 1997. Asunto C-96/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. República Federal de Alemania. Incumplimiento de Estado. Directivas 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, y 90/365/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional. Ausencia de adopción dentro del plazo señalado las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para adaptar su Derecho interno a ambas Directivas.
112. STJCE de 25 de junio de 1997. Asunto C-131/96. *Carlos Mora Romero/Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz*. Cuestión prejudicial. Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias, que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y puesta al día por el Reglamento (CEE) núm. 2001/83, del Consejo, de 2 de junio de 1983. Igualdad de trato. Prestaciones de orfandad. Servicio militar.
113. STJCE de 27 de febrero de 1997. Asunto C-59/95. *Francisco Bastos Moriana y otros/Bundesanstalt für Arbeit*. Cuestión prejudicial. Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio

de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Prestaciones por hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas y prestaciones de orfandad. Periodos de seguro cubiertos en varios Estados miembros. Cómputo de la pensión.

114. STJCE de 29 de mayo de 1997. Asunto C-14/96. *Paul Denuit*. Cuestión prejudicial. Telecomunicaciones. Radiodifusión televisiva. Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Competencia sobre los organismos de radiodifusión. Estado miembro de establecimiento.
115. STJCE de 30 de enero de 1997. Asunto C-340/94. *EJM de Jaeck/Staatssecretaris van Financiën*. Cuestión prejudicial. Artículos 14 bis y 14 quáter del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) núm. 2001/83, del Consejo. Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Determinación de la legislación aplicable. Conceptos de actividad por cuenta ajena y de actividad por cuenta propia.
116. STJCE de 30 de enero de 1997. Asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95. *Fritz Stöber (C-4/95) y José Manuel Piosa Pereira (C-5/95)/Bundesanstalt für Arbeit*. Cuestión prejudicial. Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Ámbito de aplicación personal. Concepto de hijo beneficiario. Requisito de la residencia en el Estado miembro que otorga las prestaciones.
117. STJCE de 30 de enero de 1997. Asunto C-221/95. *Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI)/Claude Hervein y Hervillier SA*. Cuestión prejudicial. Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la

**Comunidad. Determinación de la legislación aplicable. Conceptos de actividad por cuenta ajena y de actividad por cuenta propia: actividades que están consideradas como tales a efectos de la aplicación de la legislación en materia de Seguridad Social del Estado miembro en cuyo territorio se ejercen dichas actividades.**

118. STJCE de 5 de junio de 1997. Asuntos acumulados C-64/96 y C-65/96. *Land Nordrhein-Westfalen/Kari Uecker. Vera Jaquet/Land Nordrhein-Westfalen*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de los trabajadores. Derecho del cónyuge de un nacional comunitario que tiene la nacionalidad de un país tercero de acceder a una actividad por cuenta ajena. Imposibilidad de invocar el derecho conferido por el artículo 11 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, cuando ese trabajador nunca haya ejercido el derecho de libre circulación dentro de la Comunidad. Situación puramente interna de un Estado miembro.
119. STJCE de 5 de junio de 1997. Asunto C-56/96. *VT4 Ltd./Vlaamse Gemeenschap*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de servicios. Actividades de radiodifusión televisiva. Artículo 2 de la Directiva 89/552/CEE, de 3 octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Establecimiento. Centro de actividades, en particular, lugar en el que se adoptan las decisiones relativas a la política de programación y al montaje final de los programas difundidos. Fraude a la legislación nacional.

#### MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

120. STJCE de 29 de mayo de 1997. Asunto C-300/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Incumplimiento de Estado. No. Letra e) del artículo 7 de la Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Adaptación incorrecta del Derecho interno. Exoneración de la responsabilidad por productos defectuosos. Estado de los conocimientos científicos y técnicos.
121. STJCE de 25 de junio de 1997. Asuntos acumulados C-304/94, C-330/94, C-342/94 y C-224/95. *Euro Tombesi et Adino Tombesi*

y otros. Cuestión prejudicial. Artículo 1 de la Directiva 75/442/CEE, del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE, del Consejo, de 18 de marzo de 1991, al que se remiten el apartado 3 del artículo 1 de la Directiva 91/689/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a los residuos peligrosos, y la letra a) del artículo 2 del Reglamento (CEE) núm. 259/93, del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea. Concepto de «residuo».

122. STJCE de 29 de mayo de 1997. Asunto C-357/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Incumplimiento de Estado. Directiva 94/15/CE, de la Comisión, de 15 de abril de 1994, por la que se adapta al progreso técnico por primera vez la Directiva 90/220/CEE, del Consejo, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.
123. STJCE de 5 de junio de 1997. Asunto C-107/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Incumplimiento por parte del Reino de España de las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 91/156/CEE, del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica la Directiva 75/442/CEE, relativa a los residuos, al no haber adoptado y puesto en vigor en el plazo establecido las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva.
124. STJCE de 5 de junio de 1997. Asunto C-223/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Incumplimiento por parte de la República Francesa de las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 91/156/CEE, del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica la Directiva 75/442/CEE, relativa a los residuos, al no haber adoptado las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva.

#### POLÍTICA COMERCIAL

125. STJCE de 14 de enero de 1997. Asunto C-124/95. *The Queen ex parte: Centro-Com Srl/HM Treasury y Bank of England*. Cuestión prejudicial: política exterior y de seguridad. Política comercial común. Bloqueo de fondos. Sanciones contra las

**Repúblicas de Serbia y de Montenegro. Reglamento (CEE) núm. 1432/92, del Consejo, de 1 de junio de 1992, por el que se prohíbe el comercio entre la Comunidad Económica Europea y las Repúblicas de Serbia y de Montenegro, y por el Reglamento (CEE) núm. 2603/69, del Consejo, de 20 de diciembre de 1969, por el que se establece un régimen común aplicable a las exportaciones. Unas medidas nacionales que resultan contrarias a la política comercial común prevista en el artículo 113 del Tratado y a los Reglamentos comunitarios que aplican dicha política sólo están justificadas en lo que respecta al artículo 234 del Tratado CEE si son necesarias para garantizar el cumplimiento, por parte del Estado miembro de que se trate, de obligaciones respecto a países terceros que resulten de un Convenio celebrado antes de la entrada en vigor del Tratado o de la adhesión de ese Estado miembro.**

#### POLÍTICA SOCIAL

126. **STJCE de 17 de abril de 1997. Asunto C-147/95. *Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI)/Efthimios Evrenopoulos*. Cuestión prejudicial. Política social. Trabajadores y trabajadoras. Igualdad de trato. Aplicabilidad del artículo 119 del Tratado CE o de la Directiva 79/7/CEE. Régimen de seguros sociales de una empresa pública de electricidad. Pensión de viudedad. Protocolo núm. 2 anexo al Tratado de la Unión Europea. Concepto de acción ante los tribunales.**
127. **STJCE de 17 de abril de 1997. Asunto C-336/95. *Pedro Burdalo Trevejo y otros/Fondo de Garantía Salarial (España)*. Cuestión prejudicial. Transmisiones de empresas. Cómputo de la antigüedad por una institución de garantía para el cálculo de indemnizaciones por despido. La Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, no pueden ser invocadas en relación con una transmisión de empresa que se produjo en una fecha en la que la Directiva no había comenzado aún a producir efectos jurídicos en el Estado miembro de que se trate.**
128. **STJCE de 22 de abril de 1997. Asunto C-180/95. *Nils Draehmpohl/ Urania Immobilienservice OHG*. Cuestión prejudicial. Política social Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras. Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre**

**hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Derecho a indemnización en caso de discriminación en el acceso al empleo. Elección de las sanciones por los Estados miembros. Establecimiento de un límite máximo para la indemnización. Establecimiento de un límite máximo para la suma de indemnizaciones.**

129. **STJCE de 22 de abril de 1997. Asunto C-66/95. *The Queen/Secretary of State for Social Security, ex parte: Eunice Sutton*. Cuestión prejudicial. Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Responsabilidad de un Estado miembro por violación del Derecho comunitario. Derecho a percibir intereses sobre atrasos de prestaciones de Seguridad Social.**
130. **STJCE de 29 de mayo de 1997. Asunto C-400/95. *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, en representation de Helle Elisabeth Larsson/Dansk Handel & Service, en representation de Fotex Supermarked A/S*. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Condiciones de despido. Ausencia debida a una enfermedad causada por el embarazo o el parto. Ausencia durante el embarazo y después del parto.**
131. **STJCE de 30 de enero de 1997. Asunto C-139/95. *Livia Balestra/Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*. Cuestión prejudicial. Apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 79/7, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Cálculo de los créditos de cotizaciones complementarias de jubilación anticipada. Diferencia según el sexo en el modo de calcular las prestaciones de jubilación anticipada vinculada a la fijación de una edad de jubilación diferente para los hombres y para las mujeres.**

#### PRINCIPIOS DE DERECHO COMUNITARIO

132. **STJCE de 14 de enero de 1997. Asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95. *Société Comateb y otros/Directeur général des doua-***

*nes et droits indirects*. Cuestión prejudicial. Devolución de un tributo recaudado con infracción del Derecho comunitario. Un Estado miembro sólo puede oponerse a devolver al operador un tributo recaudado con infracción del Derecho comunitario, cuando se haya demostrado que el tributo ha sido soportado en su totalidad por otra persona y que su devolución a dicho operador le produciría un enriquecimiento sin causa. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar, a la luz de las circunstancias de cada caso, si se cumplen estos requisitos. Si sólo se ha repercutido una parte del tributo, incumbe a las autoridades nacionales devolver al operador el importe no repercutido.

133. STJCE de 20 de marzo de 1997. Asunto C-323/95. *David Charles Hayes, Jeanette Karen Hayes/Kronenberger GmbH*. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato. Discriminación por razón de la nacionalidad. *Cautio judicatum solvi*. El párrafo primero del artículo 6 del Tratado CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro exija la constitución de una *cautio judicatum solvi* por un nacional de otro Estado miembro, que haya instado, ante uno de los órganos jurisdiccionales civiles del primer Estado miembro, una acción judicial contra uno de sus nacionales, cuando una obligación semejante no pueda imponerse a los nacionales de este Estado que no posean en él ni bienes ni domicilio, en una situación en que la acción tenga conexión con el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario.
134. STJCE de 23 de enero de 1997. Asunto C-29/95. *Eckehard Pastoors y otros/Belgische Staat*. Cuestión prejudicial: transportes por carretera Reglamentos (CEE) núms. 3820/85 y 3821/85, del Consejo, Disposiciones nacionales de ejecución. El artículo 6 del Tratado CE se opone a una normativa nacional, adoptada en aplicación del Reglamento (CEE) núm. 3820/85, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, y del Reglamento (CEE) núm. 3821/85, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera, que impone únicamente a los no residentes que opten, en caso de infracción, no por el pago inmediato de la suma prevista como sanción, sino por la posibilidad de que se siga contra ellos el proceso penal ordinario, la obligación de consignar una cantidad determinada por infracción, en concepto de fianza, más elevada que la prevista en caso de pago inmediato, so pena de paralización de su vehículo.

## RELACIONES EXTERIORES

135. STJCE de 22 de abril de 1997. Asunto C-310/95. *Road Air BV/Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*. Cuestión prejudicial. Asociación de Países y Territorios de Ultramar. Importación en la Comunidad de productos originarios de un país tercero pero que se encuentran en libre práctica en un PTU. Apartado 3 del artículo 227 del Tratado CE. Cuarta parte del Tratado CE (arts. 131 a 136 bis). Decisiones del Consejo 86/283/CEE, 91/110/CEE y 91/482/CEE.
136. STJCE de 17 de abril de 1997. Asunto C-351/95. *Selma Kadi-man/Freistaat Bayern*. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Decisión del Consejo de Asociación Libre Circulación de los Trabajadores. Miembro de la familia de un trabajador. Prórroga del permiso de residencia. Requisitos. Convivencia familiar. Residencia legal de tres años. Cálculo en caso de interrupciones.
137. STJCE de 23 de enero de 1997. Asunto C-171/95. *Recep Tetik/Land Berlin*. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Decisión del Consejo de Asociación Libre Circulación de Trabajadores. Prórroga del permiso de residencia. Resolución voluntaria del contrato de trabajo. El tercer guión del apartado 1 del artículo 6 de la Decisión núm. 1/80, del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, sobre el desarrollo de la Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, debe interpretarse en el sentido de que un trabajador turco que ha trabajado legalmente durante más de cuatro años en el territorio de un Estado miembro, que decide espontáneamente abandonar su empleo para buscar en el mismo Estado miembro una nueva actividad y que no consigue iniciar inmediatamente otra relación laboral goza en dicho Estado, durante un período razonable, de un derecho de residencia con objeto de buscar en él otro trabajo por cuenta ajena, siempre y cuando siga perteneciendo al mercado de trabajo legal del Estado miembro de que se trate, ajustándose, en su caso, a las disposiciones de la normativa vigente en tal Estado, por ejemplo, inscribiéndose en él como solicitante de empleo y poniéndose a disposición de los servicios de empleo. Corresponde al Estado miembro interesado y, a falta de normativa en este sentido, al órgano jurisdiccional que conozca del asunto, fijar dicho plazo razonable, que, no obstante, debe ser suficiente para no menoscabar las posibilidades reales del interesado de encontrar otro empleo.



138. STJCE de 27 de febrero de 1997. Asunto C-177/95. *Ebony Maritime SA y Loten Navigation Co. Ltd./Prefetto della provincia di Brindisi y otros*. Cuestión prejudicial. Sanciones contra la República Federal de Yugoslavia. Confiscación de un buque y de su carga. Las letras c) y d) del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento (CEE) núm. 990/93 del Consejo, de 26 de abril de 1993, relativo al comercio entre la Comunidad Económica Europea y la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). Comportamientos en alta mar que induzcan razonablemente a pensar que el buque de que se trata se encuentra en ruta hacia dichas aguas territoriales con fines de tráfico comercial.
139. STJCE de 29 de mayo de 1997. Asunto C-386/95. *Süleyman Eker/Land Baden-Württemberg*. Cuestión prejudicial. Acuerdo de asociación CEE-Turquía. Decisión del Consejo de Asociación Libre Circulación de Trabajadores. Renovación de permiso de residencia después de un año de empleo legal. Empleo sucesivo con varios empresarios.
140. STJCE de 5 de junio de 1997. Asunto C-285/95. *Suat Kol/Land Berlin*. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Decisión del Consejo de Asociación creado por el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía. Libre circulación de los trabajadores. Empleo legal. Períodos de trabajo cubiertos a raíz de una autorización de residencia conseguida fraudulentamente.
141. STPICE de 22 de enero de 1997. Asunto T-115/94. *Opel Austria GmbH/República de Austria*. Revocación de concesiones arancelarias. Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Obligación de Derecho internacional público de no frustrar el objeto y el fin de un Tratado antes de su entrada en vigor. Principio de protección de la confianza legítima. Principio de seguridad jurídica. Publicación en el «Diario Oficial».

#### TRANSPORTES

142. STJCE de 30 de enero de 1997. Asunto C-178/95. *Wiljo NV/Belgische Staat*. Cuestión prejudicial. Saneamiento estructural de la navegación interior. Letra c) del apartado 3 del artículo 8 del Reglamento (CEE) núm. 1101/89, del Consejo, de 27 de abril de 1989. Contribución especial. Exclusión de los «barcos especializados». Decisión negativa de la Comisión a aceptar una solicitud de exención. Decisión no impugnada con arreglo al artículo 173 del Tratado. Impugnación de la validez de la Decisión ante el Juez nacional.

143. **STPICE de 19 de junio de 1997. Asunto T-260/94. *Air Inter SA/Comisión de las Comunidades Europeas*. Transportes aéreos. Mantenimiento de una concesión exclusiva sobre rutas nacionales. Reglamento (CEE) núm. 2408/92, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intra-comunitarias. Artículos 5 y 8. Derecho de defensa. Principio de contradicción. Principio de buena fe. Principio de proporcionalidad. Apartado 2 del artículo 90 del Tratado CE.**



# 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.*

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

- 1. PUBLICIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS. Se regula la publicación de las disposiciones generales en las lenguas de las Comunidades Autónomas.**

Real Decreto 489/1997, de 14 de abril («BOE» del 17).

Mediante la presente disposición se prevé la suscripción de convenios de colaboración entre el Gobierno de la Nación y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, para cooperar en la traducción de las disposiciones generales dictadas por el Estado, con el fin de que sean publicadas en las lenguas de las respectivas Comunidades, todo ello sin perjuicio de que su plena eficacia se continúe produciendo sobre la base de la publicación de la norma en castellano y en el «Boletín Oficial del Estado».

## DERECHOS REALES

- 2. VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL. Se establece su régimen sancionador en la Comunidad Valenciana.**

Ley de las Cortes Valencianas 1/1997, de 21 de febrero («BOE» del 14 de abril).

La presente disposición ha sido promulgada en el ejercicio de la competencia exclusiva en materia de vivienda que el Estatuto de Autonomía atribuye a la Generalidad Valenciana, y su pretendida finalidad es la de

---

\* Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el segundo trimestre de 1997.

llevar a cabo una completa ordenación jurídica de las infracciones administrativas en materia de vivienda de protección oficial.

El catálogo de conductas sancionables, divididas en infracciones leves, graves y muy graves, está pensado prioritariamente en las primeras ventas de esta clase de viviendas y en el régimen de uso establecido para las mismas, notándose la falta de una regulación clara y moderna acerca de la venta con sobreprecio de estas viviendas que no sancione exclusivamente al transmitente, sino que prevea medidas orientadas a que los adquirentes sin un nivel de renta que les cualifique para ser beneficiarios de las mismas —el propio pago de sobreprecio ya es un indicio de la ausencia de tal cualidad—, o que por la vía de comprar a un adjudicatario hayan evitado la aplicación de los criterios de prioridad seguidos por la Administración, puedan inequívocamente considerarse como infractores, y no como pobres víctimas como se ha tendido a considerarles.

La expropiación del adquirente por incumplimiento de la función social que estas viviendas están llamadas a cumplir parece un buen sistema. También el reflejo registral de la calificación definitiva y la declaración expresa de la nulidad radical de los contratos de venta relativos a estas viviendas y que no hayan sido aprobados por la Administración, pero difícilmente bastará la sanción consistente en la «descalificación de la vivienda con pérdida de los beneficios obtenidos», prevista en el artículo 9 de la norma comentada como medida complementaria, en especial si no se contempla expresamente la responsabilidad del comprador.

Por cierto, en una legislación verdaderamente moderna de las viviendas de protección oficial no puede quedar sin regulación el problema del embargo y posterior venta pública de estas viviendas como consecuencia de las deudas contraídas por el adjudicatario —aun cuando quizá este problema no pueda ser abordado por una norma autonómica—. Porque no existe nada más absurdo que prohibir al adjudicatario una venta con sobreprecio, al tiempo que se tolera que esa venta con sobreprecio pueda llevarse a cabo mediante una subasta promovida en interés de sus acreedores, adjudicándose el remate a alguien que no ha de reunir los requisitos precisos para ser beneficiario de una vivienda construida con ayudas públicas. Las soluciones pueden ser varias, y van desde la proclamación de la inembargabilidad de unas viviendas que se conceden para satisfacer una necesidad del adjudicatario, no para garantizar sus deudas, hasta el establecimiento de la descalificación forzosa a cargo del rematante, ¿o es que la tendencia actual hacia la mayor protección del crédito puede justificar la subvención pública de los acreedores?

Como última cuestión que merece comentario, aunque se trate de un defecto común a otras disposiciones sancionadoras, podríamos citar la previsión de que la multa impuesta pueda ser incrementada en la cuantía equivalente al beneficio obtenido —parece que a la totalidad de ese beneficio—, pero sólo en el caso de que éste fuese «superior al de la multa que

le corresponde» –art. 8.2 de la norma presentada–. Lo normal sería imponer la multa y además evitar cualquier enriquecimiento derivado de la infracción, incrementando el importe de la multa con ese beneficio en todo caso, pero el artículo 3.d) sólo contempla el enriquecimiento injusto obtenido por la comisión del hecho como dato a considerar en la graduación de la multa. Puestas así las cosas, ¿qué ocurre si el beneficio obtenido es una peseta inferior a la cuantía máxima de la multa, establecido en 5.000.000 de pesetas para las infracciones muy graves? Con la actual redacción de la norma, ni existe posibilidad de aumentar el importe de la multa, ni pueden sumarse multa y beneficio, con lo cual el coste de arriesgarse a infringir disminuirá proporcionalmente a medida que nos aproximemos a la multa máxima, para luego volver a dispararse, en menoscabo del principio de proporcionalidad de las sanciones.

### **3. SUELO Y COLEGIOS PROFESIONALES. Se establecen medidas liberalizadoras en relación con estas materias.**

Ley 7/1997, de 14 de abril («BOE» del 15).

No hay mucho que decir de esta Ley que trae causa del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio –presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLIX, fascículo III, disposición núm. 3–, salvo quizá que, en los aspectos relativos a la regulación del suelo relacionados con la reducción de plazos para la aprobación de planes urbanísticos y establecimiento del aprovechamiento apropiable por los titulares de suelo urbano y urbanizable –auténtico núcleo duro de las medidas liberalizadoras, junto con la desaparición de la diferencia entre el suelo urbanizable programado y no programado–, aparece tan viciado de inconstitucionalidad como el propio TRLS de 1992, al menos si atendemos a los razonamientos expuestos en la STC 61/1997 de 20 de marzo.

Así, el establecimiento de nuevos plazos para la tramitación de los planes, llevado a cabo con carácter supletorio por el artículo 3 de la Ley presentada, es inconstitucional de acuerdo con la curiosa doctrina sentada por el Alto Tribunal acerca de la imposibilidad de que el Estado modifique su propio derecho supletorio cuando la competencia haya sido asumida como exclusiva por las Comunidades Autónomas, mientras que la elevación –del 85 al 90 por 100– del porcentaje de aprovechamiento apropiable por el particular respecto del aprovechamiento-tipo del área de reparto en que se encuentre su terreno es inconstitucional porque establece un porcentaje fijo y no mínimo, y además porque ese porcentaje lo refiere al aprovechamiento-tipo, y por lo tanto a un «complejo entramado de concretas técnicas urbanísticas» que el Alto Tribunal entendió competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Por cierto, que en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho supletorio estatal, todavía no nos queda demasiado claro si su aplicación

requiere que la competencia sobre la materia en cuestión haya sido asumida ya como exclusiva por todas las Comunidades Autónomas –teniendo entonces la última que lo hiciera una injustificable posición de poder–, o si basta que sea una Comunidad Autónoma la que asuma esa competencia con el carácter de exclusiva para que la posterior modificación del derecho supletorio estatal no sea aplicable en relación con ella, pero sí con las demás, originándose entonces una bonita diversificación de «derechos supletorios estatales» sobre una misma materia, cada uno aplicable en relación con unas Comunidades pero no con otras.

#### **4. PROPIEDADES ESPECIALES. Se procede a la liberalización de las telecomunicaciones.**

Ley 12/1997, de 24 de abril («BOE» del 25).

La presente disposición ha sido promulgada con la finalidad de impulsar la competencia, transparencia e igualdad de trato en el tumultuoso sector de las telecomunicaciones, acomodando además nuestra legislación a la normativa comunitaria que prevé unos plazos máximos para la liberalización de los servicios finales.

Para la consecución de dichos objetivos, se ha procedido a la adopción de las siguientes medidas:

– Creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como entidad de derecho público de las comprendidas en el apartado 5 del artículo 6 de la Ley General Tributaria, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Fomento. El objeto de esta Comisión, regida por un Consejo, compuesto por un Presidente, un Vicepresidente y siete Consejeros nombrados por el Gobierno, es el de salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el sector, velar por la correcta formación de los precios y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el mercado de las telecomunicaciones, teniendo encomendadas las funciones que se relacionan en el artículo 1 de la norma presentada.

– Introducción de las modificaciones pertinentes en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLI, fascículo I, disposición número 4, y reformada por la Ley 32/1992, de 3 de diciembre, así como en la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable.

– Creación de un segundo operador mediante la habilitación concedida al Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión (RETEVISIÓN) para la prestación del servicio final de telefonía básica, que incluye el servicio telefónico urbano, interurbano e internacional, y para el servicio portador soporte del mismo.

## 5. SUELO. Se modifica su regulación en Galicia.

Ley del Parlamento de Galicia 1/1997, de 24 de marzo («BOE» del 30 de abril).

Después de los continuos sobresaltos a los cuales se ha visto sometido el Derecho urbanístico en nuestro país: primero por las modificaciones llevadas a cabo por Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio –presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLIX, fascículo III, disposición núm. 3–, y después por la STC 61/1997, de 20 de marzo, la promulgación de disposiciones autonómicas que vengán a restablecer la seguridad jurídica en esta materia –al menos para el futuro– ha de evaluarse de manera positiva. Incluso si su contenido normativo fuera deplorable, cosa que no concurre en la Ley objeto de presentación, casi cualquier cosa sería mejor que prolongar la situación actual de incertidumbre en un sector tan sensible a la mencionada sensación, como es el de la inversión y promoción inmobiliaria.

El contenido concreto de la norma presentada puede sistematizarse del modo siguiente:

– *Como instrumentos de ordenación* se contemplan las directrices de ordenación del territorio, las normas provinciales de planeamiento, el plan general de ordenación municipal y el proyecto de ordenación del medio rural.

En relación con estos instrumentos, merece la pena destacar que el proyecto de ordenación del medio rural –instrumento de ámbito municipal y aplicable en relación con municipios de limitada complejidad urbanística–, se limitará a efectuar un estudio del medio rural y a realizar el reconocimiento y ordenación básica de todos los núcleos de suelo urbano y rurales, pudiendo ser complementado por las ordenanzas contenidas en las normas provinciales.

El concepto de plan general se desdibuja en cierta medida por el elevado grado de flexibilidad con que la Ley determina su contenido. En ese concepto pueden incluirse sin mayores problemas las normas subsidiarias municipales de la legislación estatal, sobre todo considerando que el plan general gallego puede prescindir de la programación, sustituyéndola por un sistema de prioridades que determine los plazos y condiciones en que hayan de ser ejecutadas las actuaciones concertadas con los particulares.

– En cuanto al planeamiento de desarrollo, y salvo la desaparición de los programas de actuación urbanística, se mantienen los mismos que contemplaba la Ley autonómica 11/1985, de 22 de agosto –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXIX, fascículo I, disposición número 8.

– *Las clases de suelo previstas por la Ley* son cuatro: urbano, de núcleo rural, urbanizable y rústico. El suelo urbano se subdivide en dos



categorías –consolidado o no consolidado–, en función de si es innecesario o necesario llevar a cabo actuaciones de ejecución integral, es decir realizar obras de urbanización completa; la diferencia se pone de manifiesto al determinar el aprovechamiento apropiable por sus titulares, ya que en el suelo urbano consolidado será el 100 por 100 del aprovechamiento-tipo, si la parcela está incluida en un área de reparto, o la totalidad del aprovechamiento permitido por la norma urbanística, si no lo está; por el contrario, si se trata de suelo urbano no consolidado, el aprovechamiento apropiable por su titular es el 85 por 100 del aprovechamiento-tipo del área de reparto correspondiente –veremos qué ocurre si la Ley Estatal en tramitación acaba estableciendo un mínimo del 90 por 100 con carácter retroactivo, como se prevé en el proyecto gubernamental–. La delimitación de áreas de reparto en suelo urbano sólo es obligatoria cuando los planes generales reconozcan áreas de suelo urbano no consolidado, según el artículo 87.1 de la Ley.

Con el establecimiento del suelo de núcleo rural, la Ley pretende abordar el tratamiento de la realidad urbanística gallega, limitándose los usos en esta clase de suelo a los relacionados con las actividades propias del medio rural y las necesidades de la población residente en dichos núcleos, e imponiéndose la necesidad de que estuviera resuelta la disponibilidad de los servicios de acceso rodado, saneamiento, abastecimiento de agua y energía eléctrica, como requisito imprescindible para la autorización de edificaciones en este suelo –art. 76 de la Ley–.

En relación con el suelo urbanizable, la principal novedad consiste en la desaparición de la diferencia entre el suelo urbanizable programado y el no programado. Salvo la referencia a los plazos para la aprobación del planeamiento de desarrollo, las determinaciones del plan general son las que se exigían en relación con el suelo urbanizable programado.

El suelo rústico se subdivide en dos categorías: suelo rústico protegido y común. En relación con el primero, se prohíbe cualquier utilización que implique transformación de su destino o naturaleza o lesione el valor específico que quiera protegerse –art. 79.2 de la Ley–. Sin embargo, y en relación con el suelo rústico común, la Ley presentada adopta una tendencia orientada en un doble sentido: por un lado se restringe la posibilidad de autorizar edificaciones «caso por caso» en esta clase de suelo –en especial en lo relativo a las construcciones para fines de interés general–, mientras que por otro se establece la posibilidad de que el plan general delimite áreas de suelo rústico común que podrán incorporarse al proceso urbanístico mediante la aprobación de un plan parcial cuya aprobación conllevará la conversión de ese suelo rústico en urbanizable.

– *Plazos para el cumplimiento de los deberes urbanísticos*: la fijación de los relativos a la ejecución de las obras de urbanización y al cumplimiento de los deberes de cesión y equidistribución se remiten a los planes, estableciéndose en la Ley un plazo supletorio de cuatro años a

partir de la aprobación del polígono. Los de edificación serán fijados por los planes sin norma supletoria en la Ley; se faculta incluso a la Junta de Compensación para que establezca o modifique esos plazos.

– *Los sistemas establecidos para la ejecución de los planes* son, formalmente, los tres tradicionales: compensación, cooperación y expropiación; sin embargo, la regulación de esos tres sistemas presenta algunas peculiaridades de interés.

Así, en relación con el sistema de compensación, el quórum de propiedad necesario para aplicarlo pasa del 60 por 100 habitual a «más del 50 por 100»; además, y como nota de mayor relevancia, se contempla la posibilidad de que la Junta, en caso de que algún propietario no se incorpore a la misma, opte entre instar la expropiación de las parcelas correspondientes en su beneficio, o bien solicitar la ocupación de las mismas, a fin de posibilitar la ejecución de las obras de urbanización previstas y sin perjuicio del reconocimiento a sus titulares del derecho a la adjudicación de terrenos edificables en la proporción que corresponda.

Esta última previsión altera fundamentalmente la posición jurídica de los propietarios de suelo cuando se actúe por compensación, porque desaparece su derecho a ser expropiado en el caso de no estar de acuerdo con los Estatutos y Bases de Actuación de la Junta. Resulta dudosa la facultad dispositiva de la Junta –ejercitada a través del proyecto de compensación– sobre unos terrenos que no le pertenecen –puesto que por hipótesis sus dueños no han sido expropiados en su beneficio–, y cuyos propietarios no han participado en la adopción de los correspondientes acuerdos –puesto que no se integraron en la Junta–.

En el sistema de cooperación, la novedad más destacable consiste en la posibilidad de colaboración concertada de la Administración con propietarios que representen al menos el 25 por 100 de la superficie del polígono, mientras que en el sistema de expropiación se establece la necesidad de aplicar el procedimiento de reparcelación voluntaria en los terrenos que hayan sido excluidos de la expropiación cuando resultara necesario efectuar una nueva distribución de los mismos para hacer posible el reparto de cargas y beneficios.

Merece la pena destacar que el artículo 125 de la Ley establece la necesidad de que la Administración determine el sistema aplicable teniendo en cuenta las actuaciones concertadas, las características y complejidades de la iniciativa a desarrollar, los medios con que cuente, la colaboración de la iniciativa privada y las demás circunstancias que concurren, pero dando preferencia a los sistemas de compensación y cooperación, siempre que se garantice su operatividad y no existan razones de urgencia o necesidad que exijan la expropiación. Se reduce así el ámbito de discrecionalidad otorgado por el artículo 148 del Texto Refundido de 1992 en materia tan relevante para la definición del Derecho de propiedad y que,

sin embargo, fue declarado inconstitucional por la STC 61/1997, por haber sido calificado como norma de derecho supletorio por el Ejecutivo.

– *Los derechos de tanteo y retracto establecidos por la Ley gallega en el Título V, bajo la denominación de «Instrumentos de intervención en el mercado de suelo» presentan un enorme interés para el Derecho privado, pero no merecen comentario especial por coincidir básicamente con la redacción de los artículos 291 a 298 del Texto Refundido de 1992, declarados inconstitucionales por supletorios en la STC 61/1997.*

– *En relación con los procedimientos de distribución de cargas y beneficios resulta especialmente curiosa la regulación de las transferencias de aprovechamientos urbanísticos (TAUS), aplicable a las actuaciones asistemáticas a desarrollar en el suelo urbano.*

En este sentido la Ley comienza por establecer el carácter potestativo del establecimiento de áreas de reparto en suelo urbano asistemático –no consolidado, en la terminología de la Ley gallega–. Si se establecen esas áreas, el artículo 87.2 dice que lo será «a los solos efectos de facilitar la distribución de los nuevos beneficios y cargas que el plan establezca y de determinar el aprovechamiento atribuible a los propietarios de terrenos que, por su destino público, hayan de ser objeto de cesión o expropiación. En ningún caso entrará en el reparto el aprovechamiento de la edificación existente que el plan mantenga».

Verdaderamente la redacción del citado precepto no resulta muy afortunada: puede estar reproduciendo el artículo 99.1 del Texto Refundido de 1992 –declarado inconstitucional por supletorio–, según el cual la aplicación efectiva del aprovechamiento-tipo y de las transferencias de aprovechamientos vinculadas a éste sólo tendría lugar, en los terrenos edificados, cuando se procediera a sustituir la edificación. También puede significar que el aprovechamiento atribuido por el plan a los terrenos edificados y cuya ordenación no se altere no ha de tenerse en cuenta al calcular el aprovechamiento-tipo –lógicamente tampoco habrá de computarse su superficie en el denominador, pues de otro modo resultarían aprovechamientos-tipo anormalmente reducidos–.

Incluso es posible que el legislador autonómico haya pretendido excluir a los propietarios que se limiten a reedificar lo mismo que había –sin cambio alguno en la edificabilidad históricamente atribuida por el planeamiento–, de la carga consistente en adquirir aprovechamientos, aún cuando ese aprovechamiento histórico sea superior a la cifra que resultara de aplicar el aprovechamiento-tipo. En este último caso el aprovechamiento susceptible de apropiación incluiría la edificabilidad que históricamente se atribuyera a los solares, de manera que sus propietarios sólo tendrían que adquirir el aprovechamiento correspondiente a un eventual incremento de esa edificabilidad –de la Administración o de los dueños de terrenos destinados a usos dotacionales de titularidad pública–.

Ahora bien, más criticable que lo anterior resulta el hecho de que la Ley gallega establezca una regulación de las TAUS que manifiesta ciertas lagunas, sobre todo en los aspectos relativos a la necesaria intervención mediadora de la Administración en el tráfico de aprovechamientos y si se compara dicha regulación con la que contenía el texto refundido de 1992 –declarada inconstitucional, por supletoria, en la STC 61/1997–. Entre las carencias observadas en la regulación de la Ley gallega, podríamos citar las siguientes:

1.º Falta un artículo como el 195 del Texto Refundido de 1992, que establezca el deber de la Administración de transmitir el aprovechamiento que un propietario necesite para agotar la edificabilidad real de su parcela: la edificación se entorpece si falta esta garantía. Es cierto que el artículo 110.1.b) de la Ley presentada define esta compra directa, pero nada indica que la Administración venga obligada a transmitir.

2.º Tampoco se garantiza a los dueños de parcelas no destinadas a usos dotacionales pero con aprovechamiento apropiable superior al materializable sobre su terreno la indemnización de ese exceso por la Administración, en caso de que no puedan transferirlo a un particular –garantía establecida en el Texto Refundido de 1992 por los artículos 188 y concordantes.

3.º Absolutamente incomprensible resulta la redacción del artículo 115 de la Ley presentada, al establecer que «El planeamiento podrá imponer las transferencias del aprovechamiento cuando establezca unas condiciones urbanísticas de volumen o altura con el carácter de mínimas obligatorias y coincidan el aprovechamiento susceptible de apropiación y el señalado en la ordenación». Si el aprovechamiento susceptible de apropiación coincide con el señalado en la ordenación simplemente no es necesario adquirir ningún aprovechamiento para materializar este último, luego difícilmente podrá imponerse esa adquisición de forma coactiva. La redacción correcta del citado precepto sería la que previera la imposición coactiva de la transferencia *cuando el planeamiento establezca unas condiciones urbanísticas de volumen o altura con el carácter de mínimas obligatorias y el aprovechamiento susceptible de apropiación sea inferior al señalado en la ordenación.*

Para terminar, dado que tampoco parece adecuado reiterar en estas páginas el tratamiento de los distintos aspectos de las TAUS llevado a cabo por López Fernández –en «El aprovechamiento transferible», Madrid, 1995–, cuyas conclusiones resultan en su mayor parte aplicables al sistema contemplado por la Ley gallega, parece oportuno referirse a un aspecto más positivo de la regulación llevada a cabo por la Ley objeto de comentario: la consideración expresa de las TAUS como modalidades reparcelatorias clarifica su régimen fiscal y la incompetencia de la Jurisdicción Civil para entender de los litigios que pudieran traer causa de estas operaciones, cosa poco clara bajo la tendencia a considerarlos como negocios jurídicos de derecho privado.

**DERECHO REGISTRAL****6. REGISTRO MERCANTIL. Se procede al establecimiento de normas complementarias de su Reglamento regulador.**

Orden de 10 de junio de 1997 («BOE» del 19).

Las medidas contempladas en la Orden ministerial objeto de presentación se refieren a los siguientes aspectos:

1. Simplificación del acceso al Registro Mercantil de las entidades que, sin ser comerciantes personas físicas, se dediquen al comercio o al ejercicio de las actividades contempladas en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLIX, fascículo II, disposición núm. 11–. Básicamente, la simplificación consiste en admitir, como título inscribible, la certificación del contenido de otro Registro público en el cual esas entidades figuren inscritas.

2. Facilitamiento de la obtención de las reservas de denominación por las entidades acogidas al régimen de la Zona Especial Canaria, que podrán presentarse por fax u otro medio telemático a través del Consorcio de la Zona.

3. Autorización al Director general de los Registros y del Notariado para formalizar Convenios de colaboración con otros órganos de la Administración estatal o autonómica encargados de la llevanza de registros de entidades jurídicas.

4. Habilitación a los Registradores mercantiles para que, dentro de los límites legales y con los requisitos contemplados en la propia Orden, publiquen las estadísticas relativas a los datos contenidos en los documentos sujetos a depósito o inscripción.

5. Adopción de cautelas en relación con el alcance de la publicidad registral por medios telemáticos y soportes magnéticos, compatibilizando estas cautelas con un desarrollo de esta publicidad que preserve la protección de datos de carácter personal.

**DERECHO MERCANTIL****7. CONTRATO DE SEGURO. Se modifica el artículo 8 de su Ley reguladora.**

Ley 18/1997, de 13 de mayo («BOE» del 14).

La presente disposición viene a modificar la redacción dada al artículo 8 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro

—presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXIV, fascículo I, disposición número 5—, por la disposición adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Se suprime la necesidad de que la póliza esté redactada en castellano, para pasar a imponer que se redacte en cualquiera de las «lenguas españolas oficiales en el lugar donde aquella se formalice», y facultando al tomador para imponer que se redacte, además, en otra distinta.

Lo curioso es que la Exposición de Motivos de la norma presentada parece relacionar el cumplimiento de los requisitos idiomáticos con la plena validez del contrato, al afirmar que la redacción en castellano no es ya «requisito necesario para que el contrato tenga plena validez». Por nuestra parte entendemos que ni siquiera en relación con los contratos formales se puede confundir la forma requerida como requisito de validez con el idioma utilizado en esa formalización. El artículo 51 del Código de Comercio parece responder perfectamente a esa diferencia conceptual al establecer que «Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren...».

Además, piénsese que la nulidad derivada del incumplimiento de los requisitos idiomáticos impuestos por disposiciones como la que es objeto de comentario sería una nulidad radical y, por lo tanto, invocable por cualquiera de las partes —incluso por cualquier tercero que alegara algún interés, lo cual podría muy bien legitimar a la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se celebró el contrato—. ¿Acaso no es un poso absurdo que el incumplimiento de la opción del tomador pueda ser alegado por la compañía aseguradora para negarse a pagar la indemnización, en el caso de que el siniestro hubiera acaecido y la póliza aún no se haya extendido, o bien haya sido aceptada de forma meramente provisional por el tomador?

Otra cosa es que imponer una lengua distinta a la solicitada por el tomador, vulnerando así el derecho que le otorga la norma presentada, pueda suponer una peculiar manera de violar el deber de hablar claro que la buena fe impone a las partes en el momento de perfeccionar un contrato, y por lo tanto que, en caso de falta de acuerdo acerca del significado de alguna cláusula, esa interpretación haya de verificarse en contra de la compañía aseguradora —en virtud de lo dispuesto por los arts. 1.288 del CC y 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXVII, fascículo IV, disposición núm. 4, así como en el artículo de la Directiva 93/13).

Ni siquiera el deber de conocer el castellano, impuesto a todos los españoles por el artículo 3.2 de la Constitución Española, podría ale-

garse para excepcionar de la solución que mantenemos en los casos en que la póliza fuera suscrita en castellano, pese a haber solicitado el tomador que se redactara en la lengua oficial de la Comunidad en la cual se ha formalizado. Porque parece evidente que el fin de protección perseguido con la norma constitucional que impone ese deber no es, evidentemente, favorecer a las compañías que infrinjan el deber legal de redactar sus pólizas en lenguas distintas del castellano, evitando así los correspondientes costes de traducción y compitiendo deslealmente con otras compañías de ámbito nacional que operen en el mismo ramo.

## **8. INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA. Régimen de las operaciones en instrumentos financieros derivados.**

Orden del Ministerio de Economía, y Hacienda de 10 de junio de 1997 («BOE» del 13).

La regulación básica de las Instituciones de Inversión Colectiva (Ley 46/1984, de 26 de diciembre, y Reglamento aprobado por Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre), fue modificada parcialmente por el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio (de liberalización de la actividad económica, art. 21), para permitir a estas entidades la utilización de instrumentos financieros no negociados en mercados organizados. Por ello la presente disposición detalla el régimen de las operaciones que ahora podrán realizarse, superando las limitaciones con que se contemplaban en la anteriormente vigente orden de 6 de julio de 1992.

Ofrece especial interés la detallada «tipología de instrumentos financieros derivados» utilizables, tanto como medio de cobertura de riesgos como de medio de pura inversión, ya que refleja toda la variedad de figuras negociadas: Futuros y opciones de todo tipo y con cualquier referencia financiera, acuerdos referenciados con distintas magnitudes o índices, operaciones de permuta financiera, operaciones combinadas...

Acertadamente el artículo 1.º concluye con una definición general al remitirse a todos los instrumentos cuyo precio dependa de algún activo subyacente de carácter financiero.

La amplitud con que se contemplan los instrumentos derivados se completa con una detallada precisión de los límites aplicables para su uso por las Instituciones, más rigurosos cuando tales instrumentos no sean negociados en mercados organizados. A ellos se añaden, para la debida garantía de los inversores, medidas especiales de información, valoración y control.

## OTRAS DISPOSICIONES

### 9. ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. Se modifica la regulación de su organización y funcionamiento.

Ley 6/1997, de 14 de abril («BOE» del 15).

Entre otros objetivos, la norma comentada pretende ajustar la estructura de la Administración periférica al modelo autonómico, introduciendo el modelo de Administración única o común, para que el protagonismo sea sumido por la Administración autonómica, suprimiendo la figura de los Gobernadores Civiles, integrando en la Delegación del Gobierno toda la estructura periférica del Estado que sea necesaria en función de los diferentes ritmos de transferencias, y creando la de los subdelegados del Gobierno, dependientes orgánicamente de los Delegados del Gobierno, pero desprovistos de la consideración de alto cargo.

En relación con los órganos de la Administración General del Estado se configuran como órganos superiores los Ministros y Secretarios de Estado, dependiendo directamente de los mismos los Subsecretarios, Secretarios generales, Secretarios generales técnicos, Directores generales y Subdirectores generales. Como garantía de profesionalización se establece que los Subsecretarios y Secretarios generales, en todo caso, y los Directores generales, con carácter general, habrán de nombrarse entre funcionarios para los que se exija titulación superior.

Como medida orientada a racionalizar la normativa dedicada a la Administración Institucional del Estado, se pasa a adoptar la denominación genérica de «Organismos Públicos», que agrupa a todas las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado, subdividiéndose luego este concepto en organismos autónomos –realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten al Derecho público–, y entidades públicas empresariales –dedicadas a prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación y regidas por el Derecho privado, salvo en determinados aspectos.

Por último, la Ley presentada contiene las precisiones necesarias respecto a las cuestiones relativas a la Administración General del Estado y sus organismos públicos, que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no pudo resolver por su propio carácter de norma básica.

### 10. INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES. Se regulan estos derechos en relación con las empresas y grupos de dimensión comunitaria.

Ley 10/1997, de 24 de abril («BOE» del 25).

La presente Ley supone la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 94/45 del Consejo de la Unión Europea, aprobada



con la finalidad de superar las insuficiencias de los mecanismos tradicionales de participación de los trabajadores a nivel nacional, en tanto resultan inadecuados para abordar los procesos de decisiones al nivel central de las empresas o grupos con centros de trabajo en varios Estados miembros.

No habiendo resultado posible que la mencionada transposición se verificara a través de un acuerdo interprofesional para materias concretas de los previstos en el artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores, se ha procurado respetar el principio básico de la consecución de acuerdo entre las partes para la constitución del comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y control.

En el aspecto formal, la Ley se estructura en un Título preliminar, en el cual se fija el objeto de la norma, su ámbito de aplicación y las definiciones a efectos de la Ley, y en otros tres Títulos más, cuyo contenido puede sistematizarse del modo siguiente:

– El Título I contiene las disposiciones aplicables a las empresas y grupos con dirección central en España, subdividiéndose en tres capítulos que se ocupan de regular, respectivamente, los aspectos relativos al proceso negocial que deberá conducir a la constitución del comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta, las disposiciones subsidiarias que darán lugar, en su caso, a la constitución de un comité de empresa europeo *ex lege*, y la capacidad de las instancias de representación de los trabajadores, protección de esos representantes y confidencialidad de la información.

– El Título II se dedica a las disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas situados en España de las empresas y grupos de dimensión comunitaria, regulando los aspectos instrumentales que la Directiva remite a los Estados en que se encuentren los mencionados centros. Concretamente, la Ley se refiere al sistema de cálculo del número de trabajadores, los sujetos que ostentan la condición de representantes de los trabajadores, designación de los que deban formar parte de la comisión negociadora y comité de empresa europeo, protección de esos representantes y eficacia jurídica en España de las disposiciones de los Estados miembros.

– Por último, en el Título III se contiene el régimen sancionador aplicable a las conductas contrarias a la Ley, regulándose además las especialidades relativas a los procedimientos judiciales incoados como consecuencia de la aplicación de sus preceptos.

## 11. SISTEMA NACIONAL DE SALUD. Se habilitan nuevas formas para su gestión.

Ley 15/1997, de 25 de abril («BOE» del 26).

Mediante la presente disposición se procede a dar una nueva redacción al artículo único del Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre

habilitación de nuevas formas de gestión del Insalud, previéndose que la gestión de los centros y servicios sanitarios y sociosanitarios pueda llevarse a cabo directa o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.

**12. OFICINAS DE FARMACIA. Se modifica la regulación de sus servicios.**

Ley 16/1997, de 25 de abril («BOE» del 26).

La presente norma constituye la continuación del Real Decreto-ley 11/1996, de 17 de junio, y por lo tanto la segunda fase de un proceso orientado hacia la flexibilización de la apertura de farmacias –uno de los últimos enclaves de intervencionismo en un panorama progresivamente dominado por la confianza en el mercado.

Su regulación concreta se limita a establecer unos mínimos en cuanto a la población necesaria para la apertura de farmacias y a la distancia mínima entre oficinas, concediendo una amplia habilitación a las Comunidades Autónomas para planificar la apertura de estos establecimientos, regular las condiciones, plazos y demás requisitos de su transmisión, número mínimo de farmacéuticos adjuntos que deban prestar servicios en los mismos, y establecer normas sobre guardias, vacaciones o urgencias.

Lo cierto es que por muy ingenuo que pueda resultar el planteamiento de cuestiones competenciales en la actual fase de evolución del Estado de las Autonomías, esta amplitud concedida a la regulación autonómica no parece demasiado compatible con la consideración de las farmacias como establecimientos sanitarios privados de interés público –reiterada por la disposición presentada–, y con la distribución de competencias llevada a cabo por la Constitución Española en relación con la materia, que sólo parece atribuir a las Comunidades Autónomas la «ejecución de sus servicios».

**13. CONTRATO DE TRABAJO. Se establecen medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida.**

Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo («BOE» del 17).

La disposición presentada pretende potenciar la contratación indefinida, favorecer la inserción laboral y formación de los jóvenes, delimitar los supuestos de utilización de la contratación laboral y mejorar la protección social del trabajo a tiempo parcial, justificándose el recurso al Decreto-ley en la necesidad de no abrir un marco de expectativas, durante el debate parlamentario de una Ley, que pudiera repercutir desfavorablemente en el empleo estable.

En relación con su contenido sustantivo, pueden destacarse los siguientes aspectos:

– Se establece una nueva modalidad de contrato para el fomento de la contratación indefinida en relación con colectivos singularmente afectados por el desempleo e inestabilidad laboral, que presenta algunas peculiaridades en relación con la indemnización por despido objetivo declarado improcedente.

– El artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, relativo al despido por causas organizativas, tecnológicas y de producción, se modifica para vincularlo a la superación de las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa por su posición competitiva o por exigencias de la demanda a través de una mejor organización de los recursos.

– Por último, y dentro de una tendencia general a otorgar un mayor protagonismo a la negociación colectiva –lo cual no deja de ser curioso si consideramos que ese incremento se produce en un contexto marcado por la progresiva e imparable tendencia a la «desafiliación sindical»–, se añade al artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores la posibilidad de que los convenios colectivos articulen procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos en el ámbito correspondiente.

#### **14. INCENTIVOS AL EMPLEO. Se procede a su establecimiento en materia fiscal y de Seguridad Social.**

Real Decreto-ley 9/1997, de 16 de mayo («BOE» del 17).

Esta disposición complementa las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 8/1997, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (presentado en estas mismas páginas de Información Legislativa), en tanto ninguna reducción de la precarización laboral parece posible sin reducir las garantías de la contratación indefinida y establecer razonables incentivos económicos para las empresas, como lógica compensación a la rentabilidad que la contratación temporal les proporciona.

En este sentido, los incentivos fiscales y de cotización a la Seguridad Social establecidos por la norma presentada se extienden a la contratación indefinida ordinaria y al nuevo contrato de fomento de este tipo de contratación, completándose con el establecimiento de normas específicas para colectivos de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo.

De acuerdo con el preámbulo de la propia norma, las modificaciones llevadas a cabo se refieren a los siguientes aspectos concretos:

– En relación con el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciem-

bre –y presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLV, fascículo I, disposición núm. 16–, la reforma obedece a la necesidad de adaptar las normas reguladoras de la obligación de retener y de la obligación real de contribuir a las previsiones contenidas en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

– La disposición adicional primera del Real Decreto 765/1995, de 15 de mayo, por el que se regulan los incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, se modifica con el objeto de que lo dispuesto en dicha norma sea aplicable al Ente Público Instituto Cervantes.

– Se añade una disposición adicional al Real Decreto 2027/1995, por el que se regula la declaración anual de operaciones con terceras personas con la finalidad de regular dicha declaración cuando se trate de las operaciones llevadas cabo por la Administración del Estado.

– El artículo 11 del Real Decreto 505/1987, sobre anotaciones en cuenta de la Deuda –presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XL, fascículo III, disposición núm. 16–, se adapta a la normativa vigente en política monetaria y a la nueva regulación de la obligación de retener contenida en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

## 15. **TRIBUTOS DEL ESTADO. Se establece el régimen aplicable a las consultas vinculantes.**

Real Decreto 404/1997, de 21 de marzo («BOE» de 16 de abril).

La presente disposición constituye el desarrollo reglamentario de la previsión contenida en el artículo 107 de la Ley General Tributaria, según la nueva redacción dada al mencionado precepto por la Ley 25/1995, de 20 de julio.

En la concreción de los supuestos que otorgan derecho a obtener una contestación con efecto vinculante, la norma ha atendido a un doble criterio: la materia sobre la cual ha de versar la consulta para que la contestación sea vinculante y el sujeto que formula la consulta. Todos los supuestos presentan como denominador común la trascendencia de la calificación del hecho imponible para la adopción de decisiones empresariales de importancia, y, en concreto, se refieren a los siguientes casos:

- Inversiones en activos empresariales efectuadas en España.
- Incentivos fiscales a la inversión establecidos con carácter temporal o coyuntural.
- Operaciones intracomunitarias realizadas por personas o entidades de Estados de la Unión Europea.

- Interpretación y aplicación de los convenios para evitar la doble imposición internacional.
- Expedientes de regulación de empleo y modificación o implantación de sistemas de previsión social.
- Régimen fiscal de los activos financieros y de los seguros de vida.

Los efectos de la contestación, contemplados en el artículo 14 de la norma, consisten en la obligación de aplicar al hecho imponible los criterios expresados en la contestación, siempre que se den los requisitos establecidos en el citado precepto y que la legislación aplicable no se modifique o exista jurisprudencia del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo aplicable al caso –es de suponer que se trata de jurisprudencia contraria al criterio manifestado por la Administración–. De existir esas modificaciones o jurisprudencia, el órgano competente procederá –a instancia del interesado– a rectificar la contestación evacuada con anterioridad.

## **16. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. Se aprueba su Reglamento regulador.**

Real Decreto 537/1997, de 14 de abril («BOE» del 24).

La presente disposición constituye el desarrollo reglamentario de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y entre las numerosas novedades planteadas en relación con el Reglamento anterior, aprobado mediante Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre –y presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXVI, fascículo I, disposición núm. 25–, podrían citarse las siguientes:

En relación con las amortizaciones, la posibilidad de amortizar los elementos adquiridos ya usados por cualquiera de los sistemas contemplados en el apartado 1 del artículo 11 de la Ley del Impuesto, incluyéndose en las tablas de amortización publicadas en el anexo al Reglamento dos nuevos elementos: las producciones cinematográficas y las aplicaciones informáticas.

Se procede también a la regulación del procedimiento para la valoración de operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, gastos de actividades de investigación y desarrollo, apoyo a la gestión y coeficiente de subcapitalización, y en especial la posibilidad de establecer acuerdos con las Administraciones tributarias de otros Estados para la valoración de dichas operaciones.

Como consecuencia de la determinación de la base imponible a partir del resultado contable, se establece el procedimiento para la aprobación, a efectos fiscales, de criterios de imputación temporal distintos al del devengo, utilizados por el sujeto pasivo a efectos contables.

En el Título II del Reglamento se regula el procedimiento para la concesión del régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros. En relación con el objeto social de dichas entidades, y junto con la dirección y gestión de valores representativos de fondos de entidades no residentes que representen una participación igual o superior al 5 por 100, se autoriza la inclusión de la prestación de servicios –incluidos los financieros– a las mencionadas sociedades, a aquellas en las cuales concurren los requisitos previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 130 de la Ley del Impuesto, y a las que pertenezcan al mismo grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

En relación con la obligación de retener e ingresar a cuenta, el carácter continuista del capítulo II del Título IV del Reglamento en relación con la legislación anterior, no impide el establecimiento de dos excepciones a la obligación de efectuar dichos ingresos: la primera se establece en relación con operaciones entre entidades vinculadas y se circunscribe a la diferencia entre el rendimiento obtenido y el que se habría producido de haberse realizado la operación por el valor normal de mercado; la segunda se refiere a las rentas determinadas por aplicación de la presunción de retribución contenida en el artículo 5 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

En el Título V se desarrollan diversos aspectos de la obligación real de contribuir, revistiendo especial interés las excepciones a la obligación de retener en la adquisición de inmuebles a no residentes, y los aspectos relativos al Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de entidades no residentes.

## **17. EMPRESAS PÚBLICAS. Se aprueba el Estatuto del Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias.**

Real Decreto 613/1997, de 25 de abril («BOE» del 29).

La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo L, fascículo I, disposición núm. 10–, creó el Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), cuyo objeto es la construcción y, en su caso, la administración de las infraestructuras ferroviarias que determine el Gobierno, habilitando a éste para aprobar el Estatuto del nuevo Ente.

La disposición ahora presentada trae causa de la mencionada habilitación, y en ella se configura al GIF como una entidad de Derecho público de las previstas por el artículo 6.5 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, con capacidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y adscrito al Ministerio de Fomento a través de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes.

En cuanto a los aspectos de la regulación estatutaria que mayor relación pueden tener con el Derecho privado, podrían citarse los siguientes:

– *En relación con la intervención administrativa en el uso del suelo* resulta destacable la previsión contenida en los artículos 10 y 15 del Estatuto, de acuerdo con los cuales ni las obras de construcción de las infraestructuras, ni las relativas a la conservación, entretenimiento y reposición de las mismas precisan de licencia municipal, sometiéndose, en su caso, a los requisitos establecidos por los apartados 2 y 3 del artículo 244 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio –y presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLV, fascículo III, disposición núm. 6– (en lo sucesivo TRLS de 1992).

La previsión del Estatuto acerca de la innecesariedad de licencia merece algún comentario porque a nuestro juicio resulta claramente contraria al principio de jerarquía normativa, más aún después de la STC 61/1997, de 20 de marzo. Decimos esto porque si bien el artículo 244.1 del TRLS de 1992 establecía que la necesidad de licencia para las obras promovidas por órganos de las Administraciones públicas o entidades de Derecho público que administren bienes de aquéllas estarían sujetas a licencia, pero sólo cuando tal exigencia se estableciera en la legislación aplicable –es decir, la autonómica–, la declaración de inconstitucionalidad del mencionado artículo 244.1 del TRLS de 1992 implica la necesidad de volver –cuando no exista previsión autonómica sobre el particular–, al artículo 180.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (TRLS de 1976), según el cual «Los actos relacionados en el artículo 178 que se promuevan por órganos del Estado o entidades de Derecho público que administren bienes estatales estarán igualmente sujetos a licencia municipal»: en otras palabras, la norma supletoria estatal ha pasado a ser la de necesidad de licencia, con lo cual el Estatuto es rotundamente ilegal en este punto.

Pero todavía sorprende más la redacción dada al artículo 10 del Estatuto cuando, tras proclamar la innecesariedad de licencia para las obras promovidas por el GIF, establece que esa innecesariedad se entiende «sin perjuicio de la aplicación a las citadas obras, en su caso, de lo previsto por los artículos 2 y 3 del artículo 244 del TRLS de 1992». Porque lo previsto en esos párrafos es la posibilidad de requerir al Ayuntamiento para que se manifestara acerca de la conformidad o disconformidad de aquellas obras en que concurren razones de urgencia o excepcional interés público con el planeamiento en vigor –siendo precisa la decisión del Consejo de Ministros para que la obra se ejecutara en caso de disconformidad–, y la facultad del Ayuntamiento de suspender las mencionadas obras cuando se pretendiesen ejecutar sin cumplir esos requisitos.

Puestas así las cosas, parece claro que esas especiales previsiones se establecen sobre la base de que la licencia es necesaria, y como una

excepción a dicha exigencia fundamentada en la urgencia o interés de las obras en cuestión. Si, según el Estatuto, el GIF no precisa licencia para la ejecución de cualquier obra que promueva en relación con la infraestructura que administra, la composición entre el interés público subyacente a todo plan urbanístico y el de la obra ferroviaria, ya ha sido previamente decidida en favor de la prevalencia de esta última, resultando simplemente absurdo que «en su caso», es decir, cuando precisamente concurren en la obra especiales circunstancias de urgencia o interés público, hayan de llevarse a cabo unos trámites que son innecesarios cuando esas circunstancias no concurren.

Si el Ejecutivo era consciente de que la proclamada innecesariedad de licencia resulta simplemente inadmisibles, mejor hubiera sido limitarse a invocar lo dispuesto en el artículo 244 del TRLS de 1992 que redactar un Estatuto con eficacia normativa como si de una demanda con dos peticiones subsidiarias se tratara.

– *En relación con las expropiaciones* necesarias para la construcción de las infraestructuras ferroviarias, el GIF ejerce las facultades atribuidas al beneficiario de la expropiación por el Reglamento de Expropiación Forzosa, viniendo obligado al abono del justiprecio, así como del depósito previo e indemnización por la rapidez de la ocupación en caso de expropiación urgente, pero no los intereses de demora por retraso en la fijación del justiprecio –contemplados en el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa–, que se imputan a la Administración titular de la potestad expropiatoria (art. 9 del Estatuto).

– *El régimen aplicable a los contratos celebrados por el GIF*, aspecto siempre conflictivo cuando se trata de infraestructuras como las que este organismo está llamado a gestionar, se aborda por el Estatuto diferenciando entre las *obras de construcción que no consistan en electrificación y señalización de la infraestructura ferroviaria*, a los cuales se asigna carácter administrativo y que se regirán por lo dispuesto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y Normas Complementarias, y los contratos de *obras relativas al mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de seguridad*, cuya normativa se aplica también a las obras de electrificación y señalización, y, en general, al resto de los contratos que haya de concluir el GIF (art. 38 del Estatuto): estos contratos se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por lo dispuesto en el artículo 16.2 del Estatuto –cuya redacción pretende garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario y satisfacer los principios de publicidad y concurrencia–, y en los aspectos relativos a sus efectos y extinción, por las normas del Derecho privado.

– *En lo relativo al régimen de personal al servicio del GIF*, el Estatuto establece la reserva de una serie de puestos para personal funcionario, cuyo régimen y situación continuarán regulados por la Ley 30/1984,



de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXVII, fascículo IV, disposición núm. 15–, y disposiciones de desarrollo. El resto del personal tendrá carácter laboral y se seleccionará mediante convocatoria pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. En ambos casos, el régimen retributivo y de incompatibilidades será el general del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

– *En cuanto al régimen económico-financiero del GIF*, el Estatuto establece la necesidad de que el Ente realice y mantenga un inventario de sus bienes y de los que le hayan sido adscritos, define los bienes que configurarán cada una de esas categorías, somete al Ente al régimen de contabilidad pública previsto por el Título VI del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria y a la normativa comunitaria vigente sobre la materia, y crea una Intervención delegada para el control del Ente, sin perjuicio de las competencias fiscalizadoras atribuidas al Tribunal de Cuentas por la normativa vigente.

También se contemplan las previsiones oportunas en relación con el canon que el GIF exigirá a las empresas explotadoras de los servicios ferroviarios que se sirvan de las infraestructuras cuya administración le haya sido atribuida, facultando al Ente para denegar esa utilización en caso de incumplimiento de la obligación de pago, si ello no supone interrupción de los servicios públicos que la empresa incumplidora pudiera estar gestionando.

En relación con el régimen de endeudamiento, se faculta al Ente para realizar todo tipo de operaciones financieras y, en particular, para concertar operaciones activas y pasivas de crédito y préstamo, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten y dentro de los límites previstos en las Leyes anuales de presupuestos; las operaciones de endeudamiento exterior podrán ser realizadas previa autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, y la competencia para autorizar operaciones de cobertura del riesgo del tipo de interés y/o cambio, corresponderá al Presidente, dando cuenta al Consejo de Administración, pero si esa cobertura es consecuencia de las operaciones descritas anteriormente, se necesitará la previa autorización del Ministerio de Economía y Hacienda.

## **18. MODIFICACIÓN GENÉTICA. Se establece el régimen jurídico para su control.**

Real Decreto 951/1997, de 20 de junio («BOE» del 24).

La presente disposición constituye el desarrollo reglamentario de la Ley 15/1994, de 3 de junio, habiéndose aprovechado la ocasión para incorporar al derecho interno el contenido de las Directivas comunitarias anteriores a la citada Ley que no hallaron reflejo en la misma por tener un

carácter más contingente o adjetivo, y también el de las Directivas posteriores que adaptaron los anexos de las anteriores al progreso técnico.

Su concreto contenido normativo se extiende a la regulación de los requisitos para la realización de actividades de utilización confinada y para la obtención de autorización de liberación voluntaria de organismos genéticamente modificados; obligaciones para la comercialización de este tipo de organismos o de productos que los contengan –que no serán aplicables al transporte de los mismos por cualquier medio, a los productos regulados por normas distintas a las incorporadas por la Ley 15/1994, ni, en especial, a los nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios incluidos en el ámbito del Reglamento CEE núm. 258/97–; normas sobre información, vigilancia y control de estas actividades, así como sobre infracciones, sanciones administrativas, y responsabilidades, tanto civiles como penales, en que pudieran incurrir los infractores. Además se procede a la regulación de la composición y competencias de la Comisión Nacional de Bioseguridad y del órgano colegiado competente para otorgar las autorizaciones estatales exigidas por la norma.



## IX Congreso Mundial de «The International Society of Family Law»

(27-31 julio 1997, Durban, Sudáfrica)

GABRIEL GARCÍA CANTERO

La ISFL ha celebrado su IX Congreso Mundial, a finales de julio de 1997, a orillas del océano Índico, en una de las ciudades más habitadas de Sudáfrica, cuya mayoritaria composición de la población viene a ser un exponente del carácter multiracial (negros pertenecientes a la etnia zulú, minoría blanca descendiente de los distintos europeos que colonizaron el país a partir del siglo XVII, y una poderosa población india). Si a ello se une el aliciente de la reciente desaparición del *apartheid*, y los problemas derivados de construir el estado *ex novo* con arreglo a principios democráticos, incluso el nuevo Derecho privado y el Derecho de familia, caben encontrar estímulos para tan dilatado viaje hacia un país con el que mantenemos muy escasas relaciones de todo tipo.

El tema genérico ha sido lo suficientemente amplio para acoger aportaciones científicas de los más variados horizontes culturales y legislativos. Se enunciaba así: *Changing family forms: World themes and african issues*, y bajo esta perspectiva la celebración del Congreso ha supuesto un auténtico éxito: se han presentado 162 ponencias pertenecientes prácticamente a todos los continentes; descendiendo al detalle, —y como ya es habitual— un tercio de aquellas provenían del mundo anglosajón, representando cada uno de ellas la décima parte de Sudáfrica y otro tanto del resto de África; aproximadamente, el 15 por 100 de ponencias procedían de países occidentales no anglosajones, con una notable calidad de las procedentes de Alemania; varias ponencias se debían a juristas franceses, holandeses, polacos y escandinavos, mientras que había una sola de Portugal, Grecia, Hungría, Suecia, Eslovenia, Rusia y España; la participación iberoamericana se reducía a Brasil y Puerto Rico.

Uno de los puntos de atracción estaba representado por la problemática familiar sudafricana. En efecto, por primera vez la Constitución provisional reconoce el derecho de los grupos étnicos a regirse por sus normas propias;

pero ocurre que algunas de estas normas específicas –digamos, para entenderlos, su «*Derecho foral*»–, aparecen en contradicción con la tabla de derechos fundamentales de los ciudadanos (por ejemplo, la concepción patriarcal de la organización familiar, la poligamia, la compra de la mujer, etc.). Fue generalizándose en el Congreso la idea de que la reforma del Derecho familiar sudafricano no puede llevarse a cabo de golpe, sino gradualmente, atemperando sus etapas a las circunstancias de cada uno de los grupos étnicos y sociales; que en este punto no es aconsejable limitarse a copiar modelos extranjeros; que hay demasiados ejemplos de incorporar a la legislación bellos principios generales que resultan inaplicados. Con todo, algunas intervenciones oficiales en el Congreso impresionaban por su voluntad resuelta a acometer las precisas reformas familiares.

Otras ponencias relativas al continente africano: el proyecto de Código de las personas y de la familia en Benín; la propuesta de abolición de las uniones de hecho en Tanzania; el Derecho de familia en Namibia; un aspecto del Derecho consuetudinario de familia en Tanganika en la época colonial; las relaciones familiares, el Derecho consuetudinario y los derechos humanos en Ghana; la influencia de la Iglesia Pentecostal en la familia extensa nigeriana, y, con carácter general, los efectos de la política contraria a la familia poligámica; evolución de las relaciones entre la filiación, la familia y el Estado en Zambia; África y la convención contra la discriminación de la mujer; la conciliación entre las fuentes heterogéneas del Derecho de la familia en Rwanda, Burundi y Zaire. Gran variedad y diversidad de temas, pero que muestran que algo se está moviendo en esta materia en el continente africano.

Como suele ocurrir en otros Congresos, no faltaron aportaciones, también variadas, de otros países: bienestar del hijo y adopción en el nuevo Derecho griego; impacto de los derechos del hombre en la familia y el Derecho de familia en Australia; historia del divorcio en Hungría; factores económicos, éticos y religiosos en la formación y en la reforma del Derecho de familia escandinavo: 1800-1997; reforma del Derecho de familia en el Japón; la Constitución española de 1978 y el Derecho de familia; cambios familiares y sucesorios en el Japón; reconocimiento emergente de diferentes tipos de familia en el Derecho escocés e inglés; relaciones domésticas distintas del matrimonio en el Japón; relaciones domésticas distintas del matrimonio en Puerto Rico y Latinoamérica; factores ideológicos del Derecho de familia en Nueva Zelanda; políticas sucesorias en Alemania durante los siglos XIX y XX; nacionalidad y vida de familia en Europa; derecho de guarda en Suecia y cambios en la forma de familia; adopción y bienestar del niño: un punto de vista alemán con especial consideración de la Convención de Derechos Humanos; protección de la familia en el proyecto de la Constitución polaca; adopción y bienestar del niño en el Derecho de familia de Croacia; nueva codificación del Derecho de familia de Rusia. La utilidad de este variopinto conjunto de ponencias radica en ofrecer el último dato legislativo, o prelegislativo, difícil de conocer por vías normales.

Como ponencias de carácter general cabe señalar:

ROTHENBACHER: *Social change in Europe and the impact on family structures.*

VLAARDINGERBROEK: *Changing family forms and the law of succession.*

BAER: *The legal relationship between parents and children: developments in Europe.*

BAINHAM: *Changing families and Changing Concepts: Reforming the language of family law.*

KRONBORG: *Visitation Rights.*

RUBELLIN-DEVICHI: *Le parole et la représentation de l'enfant en justice.*

Durante el Congreso se reunió la ISFL procediendo a la elección de nuevos cargos directivos. Finalizado el trienio del profesor Reiner Frank (Universidad de Frankfurt) la presidencia ha recaído en el profesor croata Petar Sarcevic (Universidad de Rijeka).

Si las aportaciones realizadas al Congreso llegan a publicarse, como se tiene el propósito, en el volumen podrá encontrarse un rico documental bibliográfico, que interesará a los familiaristas españoles y al civilista en general\*.

---

\* Las Actas del anterior Congreso celebrado en Cardiff (1994), bajo el título *Families across frontiers* se han publicado en 1996 en la Kluwer holandesa.



# BIBLIOGRAFÍA

## Libros

**BELUCHE RINCÓN, Iris:** *La relación obligatoria de usufructo*, ed. Civitas, Madrid, 1996, 248 pp.

El análisis del contenido obligatorio de los derechos reales es un tema que siempre ha despertado un gran interés entre la doctrina civilista, preocupada por la configuración del régimen jurídico de los derechos reales y el juego de la autonomía de la voluntad en éste. Se analiza en esta inteligente obra la relación obligatoria legal de usufructo, estudiando con gran rigor y detenimiento las disposiciones del Código Civil que regulan las obligaciones legales que vinculan a las partes en la relación usufructuaria, disposiciones que, en general, por ausencia de pactos entre los particulares, son de aplicación generalizada.

Abre el libro un prólogo de Fernando Pantaleón Prieto que destaca el «trabajo honesto y pulcro» de la autora, «la sensatez de sus tesis, su buen sentido jurídico». Iris Beluche Rincón es una estimada profesora e investigadora de la Universidad Carlos III.

La obra se estructura en tres capítulos que recogen todo el contenido obligatorio de la relación nudo propietario y usufructuario: el primero, dedicado a las obligaciones del usufructuario anteriores al goce de la cosa objeto de usufructo, el segundo a las coetáneas y el tercero a las posteriores a la extinción del usufructo. Como vemos, la obra se centra en las obligaciones del usufructuario. Ello es debido a la concepción del usufructo del Código Civil, «exquisitamente liberal para con el nudo propietario, que sólo debe “soportar”» (en palabras de Pantaleón), aunque la autora sugiere, a lo largo de la obra, que tal disciplina del usufructo se podría someter a una interpretación correctora en el caso de usufructos constituidos convencionalmente y a título oneroso.

Dentro del primer capítulo, que como decíamos trata las obligaciones del usufructuario anteriores al goce de la cosa usufructuada, analiza la autora las obligaciones de formar inventario y de prestar fianza.

Respecto de la primera, se plantea cuál debe ser la forma del inventario, ¿puede el propietario exigirlo en forma pública?, ¿se impone alguna forma en los supuestos en que concurre un incapacitado? Se estudia asimismo el contenido del inventario: ¿la estimación de los muebles equivale a venta?, ¿es suficiente la descripción del inmueble como descripción del «estado del inmueble»? Otro problema que plantea el inventario es quién asume los gastos derivados de aquél. Cuestiones fundamentales que la autora analiza a continuación son las consecuencias de la no realización del inventario. ¿La formación de inventario es una obligación, susceptible de ser exigida coactivamente, o una carga, cuyo incumplimiento ocasionaría al usufructuario meras desventajas jurídicas? ¿La imposibilidad para el usufructuario de obtener la posesión supone también la pérdida del derecho a percibir los frutos? ¿Qué consecuencias probatorias tiene la omisión de inventario?

La segunda obligación estudiada es la de prestar fianza. Se plantea la cuestión de si la fianza ha de exigirse de forma necesaria, en primer lugar, y sólo sub-



sidiariamente, ante la imposibilidad de prestarla, son admisibles otras garantías, o si se reconoce sin más una facultad de opción que permite elegir directamente el tipo de garantía más conveniente. Objeto de análisis es, a continuación, qué obligaciones garantiza y qué cuantía ha de tener. Otra vez, problemas fundamentales son las consecuencias del incumplimiento de fianza. ¿Puede el nudo propietario retener los frutos en su poder hasta que el usufructuario cumpla con su obligación? ¿Qué facultades tiene el propietario respecto de los muebles objeto del usufructo? ¿Puede optar libremente entre exigir que se vendan o retenerlos en su poder en calidad de administrador, como parece resultar de los párrafos 1.º y 3.º del artículo 494 CC? Pero de ser así, ¿qué sentido tendría la norma del párrafo 3.º del artículo 495, de qué regla sería excepción? ¿Qué medidas son aplicables a los inmuebles?

El tercer apartado de este capítulo, dedicado a las obligaciones del usufructuario anteriores al goce de la cosa, contempla la problemática de la dispensa y renuncia de inventario y fianza. La autora distingue ambas instituciones: la dispensa, con eficacia real, tiene un régimen divergente del de la renuncia, con eficacia personal. Estudia Beluche Rincón la dispensa legal al vendedor y al donante con reserva de usufructo, a los padres usufructuarios de los bienes de los hijos, al cónyuge viudo. ¿Alcanza la dispensa legal de la obligación de fianza a la obligación de inventario? En cuanto a la dispensa voluntaria, se plantea la cuestión de qué preceptos la regulan: ¿el artículo 493 CC? ¿Es revocable la dispensa? ¿Cómo afecta a ésta un cambio de circunstancias?

El capítulo segundo estudia las obligaciones del usufructuario coetáneas al goce de la cosa objeto del usufructo.

La primera de ellas es cuidar de las cosas con la diligencia del buen padre de familia. ¿Es ésta una obligación con contenido propio, o una prescripción complementaria de las demás obligaciones específicamente impuestas al usufructuario (hacer reparaciones...), o una obligación genérica cuyas consecuencias se traducen en la imposición de tales obligaciones específicas? Dentro del estudio de tal obligación aborda la autora el interesante tema de si hay una obligación del usufructuario de asegurar los bienes de los que disfruta, estudiando además el artículo 518 CC y planteando una contradicción de éste con los principios generales que rigen en materia de seguros. Se tratan finalmente las consecuencias del incumplimiento de la obligación de cuidar las cosas con la diligencia de un buen padre de familia.

La segunda obligación, hacer las reparaciones ordinarias, plantea una interesante problemática. Se estudia el sentido y fundamento de la obligación: ¿es una carga del usufructuario en su propio interés? ¿Se trata de una obligación en sentido técnico que puede serle exigida coactivamente por el nudo propietario? ¿Cuál sería el concepto de reparaciones ordinarias? ¿En qué momento nace la obligación de conservar ordinariamente los bienes usufructuados: ¿cuando el usufructuario obtiene el goce de las cosas o en el momento de comienzo del usufructo? ¿Tiene la renuncia al usufructo efecto liberatorio respecto de las obligaciones devengadas? En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de hacer las reparaciones ordinarias, se plantean varias cuestiones: ¿puede el nudo propietario compeler al usufructuario, por las vías legales, a efectuar las reparaciones ordinarias desde que éstas fueren necesarias o ha de esperar a la extinción del usufructo? ¿Es aplicable el artículo 520 CC sobre abuso cuando el usufructuario no realice las reparaciones?

La siguiente problemática abordada es la de las reparaciones extraordinarias. ¿Afirmar que incumben al propietario es equivalente a decir que constitu-

yen para él una obligación? La autora mantiene la tesis de que no. Si bien el propietario no tiene obligación frente al usufructuario, ¿tiene siempre y en todo caso derecho a ejecutar las reparaciones extraordinarias? ¿Qué concepto debe darse de reparaciones extraordinarias? A continuación la autora trata de la obligación del usufructuario de dar aviso de las reparaciones extraordinarias urgentes, para seguir con las consecuencias de la ejecución voluntaria de tales reparaciones tanto por el nudo propietario como por el usufructuario. Respecto de este último ¿es el gasto el límite a la acción de enriquecimiento del artículo 502? ¿Es la naturaleza del derecho de retención por desembolsos debidos por reparaciones extraordinarias la de una anticresis?

El tercer y último capítulo de este libro analiza las obligaciones del usufructuario posteriores a la extinción del usufructo que se concretan en la devolución de los bienes usufructuados. Se estudia el alcance general de la obligación de entrega, en qué consiste la «compensación» de desperfectos con mejoras de la que habla el Código Civil, así como el derecho de retención del usufructuario. ¿Por reembolsos diferentes a los debidos por reparaciones extraordinarias goza el usufructuario de derecho de retención? Si se respondiese afirmativamente ¿sería aplicable la facultad de reintegrarse con los productos del bien retenido?

Se cierra el libro con una extensa bibliografía.

Es ésta una interesantísima monografía en la que, como hemos visto, se analiza pormenorizadamente la regulación de la relación obligatoria de usufructo, estudiando los antecedentes de nuestras normas del Código Civil, acudiendo al Derecho comparado francés, italiano y alemán. El trabajo de Iris Beluche Rincón ha sido el de una gran exégeta. Su trabajo será de una gran utilidad para todo civilista con interés en el contenido obligatorio de los derechos reales y la trascendencia jurídico-real de los convenios entre las partes.

PEDRO ARENAS NAON

**CAÑIZARES LASO, Ana:** *El pago con subrogación*, ed. Civitas, Madrid, 1996, 162 pp.

En 1994 se produjo, por primera vez en muchos años, un descenso de los tipos de interés. Los deudores con deudas sometidas a los elevados tipos anteriores quisieron beneficiarse entonces de la nueva situación, pretendiendo el pago anticipado de los créditos primitivos con los fondos obtenidos a través de nuevos préstamos concedidos por terceros que exigían disfrutar de las mismas garantías que los primeros acreedores. La solución la proporcionaba el artículo 1211 CC, cuyo origen se encuentra en una situación similar vivida en la Francia de principios del siglo XVII, por el cual parece poder el deudor subrogar a un nuevo acreedor en el lugar del primitivo y con las garantías que éste gozaba sin necesidad de contar con el consentimiento de este primer acreedor. Para solventar los problemas que tal precepto dejaba inconclusos se promulgó la Ley de 1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Éstas y otras razones acrecentaron el atractivo de la figura del pago con subrogación, a cuyo análisis dedica la profesora Ana Cañizares Laso esta completa monografía de obligada lectura para los interesados en el estudio de esta materia.

La obra se sistematiza en nueve capítulos que, tras el planteamiento del tema que supone el primero de ellos, empiezan por analizar la evolución histórica

(cap. 2), las características y la función de esta figura (hasta el cap. 5), para centrarse a continuación en el estudio pormenorizado del pago con subrogación en nuestro Código Civil (caps. 6, 7 y 8) y terminar con un breve comentario relativo a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (cap. 9); todo ello sazonado con referencias oportunas al Derecho comparado y supuestos prácticos ilustrativos.

En el capítulo 2 aborda la autora los antecedentes del pago con subrogación. Comienza por el *Beneficium cedendarum actionum* y la *Successio in locum* del Derecho romano. Se detiene con posterioridad en el Derecho intermedio, haciendo especial referencia al Decreto de la Corte de Enrique IV de 1609 (conocido con el nombre de «*Arrêté des subrogations*») que, con motivo de la reducción de la tasa de las rentas operada por Decreto de 1601, ordenaba la subrogación de quienes prestaban dinero a los deudores para el pago de los acreedores primitivos en los derechos, garantías, títulos, justificantes y acciones de que éstos disfrutaban en relación con tales créditos; y centrándose en este derecho francés que tomando las bases del Derecho romano construye la institución de la subrogación. En tercer lugar analiza el pago con subrogación en el *Code* francés, de notable influencia en nuestro Código Civil, para finalizar con un repaso al Proyecto de Código Civil español de 1851, basado igualmente en el Código de Napoleón.

En el capítulo 3 concreta el tema que va a tratar en la práctica totalidad de las páginas restantes: la subrogación convencional en el Código Civil español. Parte de las diferencias que tal regulación presenta con relación al *Code* y al Proyecto de 1851: la conversión de los supuestos de subrogación legal en presunciones de subrogación, quedando reducidos a tres, y la reducción de los dos supuestos de subrogación convencional a uno: el deudor que toma dinero prestado para pagar una deuda. Estima la autora que los supuestos concretos de subrogación legal aparecerán ahora dispersos por el articulado del Código, en su marco correspondiente, y que el segundo supuesto de subrogación convencional (acreedor que acepta subrogar al tercero que le paga) se entiende subsumido en la presunción del 1210.2 y en el 1209 del Código vigente. Analiza después la naturaleza jurídica de esta figura, con referencia a las dos posiciones doctrinales al respecto: pago con subrogación como efecto extintivo del pago al que acompaña una excepción a la accesoriedad de las garantías del mismo, que perduran (Escuela de la Exégesis); o como transmisión de un crédito con una excepción al efecto extintivo del pago (doctrina posterior, fundamentalmente italiana); optando ella por la primera teoría.

Dedica la profesora Ana Cañizares el capítulo 4 a la diferenciación entre el pago con subrogación y la cesión de créditos, cuestión importante dada la postura que adopta en torno a la naturaleza jurídica de esta institución, según hemos citado. Destaca así el carácter negocial de la cesión frente a la naturaleza de efecto excepcional del pago de la subrogación; que la cesión transmite una deuda mientras la subrogación sólo algunas de sus prerrogativas; que el acreedor es garante de la cesión pero no de la subrogación; que el interés de la cesión es la circulación del crédito mientras que el de la subrogación es garantizar la recuperación de la suma adelantada...

El quinto capítulo se centra en la finalidad del pago con subrogación, que no es otra para la autora que permitir al tercero que paga la deuda de otro utilizar las garantías que tenía el antiguo crédito y que garantizarán ahora el reembolso de lo adelantado. A la luz de tal función y del origen del precepto, interpreta el artículo 1212 CC en el sentido de que no necesariamente se refiere a que la

subrogación opere la transmisión del crédito mismo, sino que puede hacer referencia a los derechos que correspondían al antiguo crédito. Desde el mismo punto de vista analiza el principio de accesoriedad, al que el pago con subrogación supone una excepción.

En el capítulo 6 se trata con detenimiento el artículo 1210 CC, que para la autora contiene no supuestos de subrogación legal, sino presunciones *iuris tantum* de convenios de subrogación. Diferencia qué sujetos y en qué condiciones pueden realizar ese pago. Delimita también las funciones diversas de los artículos 1158 y 1159, por un lado, y 1209 y 1210, todos CC, por otro. Enuncia a continuación las dos hipótesis posibles, según si se piensa que el acreedor puede o no oponerse a la subrogación, en relación con las partes entre quienes se presume el convenio en los tres supuestos del artículo. Finalmente, estudia con detalle las posibilidades de pagos anticipados en los tres casos, en función de quién sea el beneficiado por el plazo.

El capítulo 7 está dedicado al artículo 1211 CC, que faculta al deudor para mejorar la condición de su crédito al permitirle subrogar a un nuevo acreedor en el lugar del primero sin el consentimiento y aun contra la voluntad de éste, a diferencia de lo que ocurre en el apartado segundo del artículo 1210. Para la autora, el precepto se refiere a deudas no vencidas, siendo así una excepción a las reglas del pago anticipado y sirviendo de este modo casi como un mecanismo de expropiación del crédito del primer acreedor. Analiza en el grueso del capítulo los presupuestos de aplicación del 1211, así como sus requisitos formales, para terminar señalando la posibilidad de consignación en el caso de que el primitivo acreedor se negara a aceptar el pago.

Culmina esta sección de la obra relativa al pago con subrogación en nuestro Código Civil refiriéndose a sus efectos (cap. 8). Distingue por un lado los efectos generales de esta figura, tales como la extinción del crédito primitivo y la aparición de uno nuevo y distinto; el paso del nuevo acreedor a ocupar el lugar del antiguo, con sus garantías, privilegios y excepciones; el pago al *solvens*, en cuyos problemas relativos al *quantum* se detiene. Por otro lado contempla los efectos que produce en los supuestos concretos de pago por un deudor solidario, que estima gozará, en virtud de la subrogación, de la garantía que supone la solidaridad; y de pago por el tercero del precio al vendedor de un inmueble, donde concluye que no puede el *solvens* resolver la compraventa y hacerse con la propiedad del bien en caso de que el deudor no le pague. Finalmente plantea el tema de las excepciones oponibles por el deudor al nuevo acreedor, estudiando exhaustivamente los diversos casos de prescripción y compensación que pueden darse.

El último capítulo versa sobre la Ley de 1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, debida, como ya señalamos, al descenso generalizado de los tipos de interés acaecido en aquel año. Trata tanto su restringido ámbito de aplicación como sus consecuencias jurídicas, para finalizar cuestionándose la necesidad de esta ley, dada la preexistencia del artículo 1211 CC.

La obra aporta interesantes materiales, tanto de Derecho comparado e histórico como de nuestra jurisprudencia, que ayudan a ilustrar la explicación consiguiendo un enfoque totalizador del tema al aunar dogmática y práctica jurídicas, lo que la hace altamente recomendable para quienes estén interesados en ahondar un poco en los entresijos del pago con subrogación.

**COSTI, Renzo: *L'Ordinamento Bancario*, Il Mulino, Bologna, 1994, 753 pp.**

El texto único de las leyes en materia bancaria y crediticia de 1993 (TU)<sup>1</sup> es el corolario del importante proceso de transformación experimentado por el Derecho bancario italiano en los años ochenta y principios de los noventa. La exigencia de adecuar la disciplina de la ley bancaria de 1936-1938 a las necesidades del moderno mercado financiero y la obligación de dar actuación en el ordenamiento italiano a las Directivas comunitarias en materia bancaria son las principales causas de esta reforma. En lo que al moderno mundo bancario y crediticio se refiere, la incorporación de la libre competencia como regla fundamental del mercado bancario, que abre sus puertas a otros intermediarios financieros y a los bancos extranjeros, pone de relieve la necesidad de incorporar unas «reglas del juego» más objetivas y razonables que las precedentes, estableciendo una vigilancia pública menos discrecional.

1. El capítulo I es el pilar fundamental sobre el que se construye la obra del profesor Costi. Para conocer el origen, la justificación y el objetivo de muchas de las normas e instituciones de la vigente disciplina del mercado bancario y financiero italiano resulta indispensable acudir al estudio de la evolución histórica del Derecho bancario italiano. Sólo a partir de la ley bancaria de 1926 la empresa bancaria gozará de un estatuto jurídico especial (distinto del Derecho común) y se sentarán las bases de la futura segmentación y fraccionamiento del mercado bancario italiano. Más tarde, la grave crisis bancaria de comienzos de los años treinta, motivada por la depresión económica mundial y por la excesiva participación de los bancos en el capital de las empresas industriales, forzará a que en el futuro se imponga la separación entre banca e industria, que constituye uno de los principios que desde entonces rige con mayor firmeza en el ordenamiento bancario italiano. Superada la crisis, la realidad política italiana de la época, que defiende una fuerte intervención estatal en la economía (Estado corporativo), inspira de una manera decisiva la ley bancaria de 1936-1938. Durante su vigencia se consolida el proceso de especialización del mercado bancario fundado en la distinción entre haciendas e institutos de crédito. De otro lado, la amplísima discrecionalidad de las autoridades administrativas en el ejercicio de sus poderes de autorización para el ejercicio de la actividad bancaria, apertura de sucursales y, en general, en materia de vigilancia, determina el establecimiento de un sistema bancario cerrado a la incorporación de nuevas empresas y en el que predomina la visión de la actividad bancaria como una institución o servicio público más que como una actividad empresarial.

Con la llegada de los años ochenta se impone la lógica de la banca como una empresa privada y se hace patente la necesidad de eliminar los obstáculos existentes para que los bancos italianos puedan competir en condiciones de igualdad con otros intermediarios y operadores financieros italianos y extranjeros. Dentro de la nueva impronta que se imprime al ordenamiento bancario destaca el nuevo «estilo» de la vigilancia sobre el ejercicio de la actividad bancaria, que —siguiendo el tenor del art. 5.1º del TU— sólo tendrá en consideración la «sana y prudente gestión» de los sujetos vigilados, la estabilidad complessiva, la eficiencia y la competitividad del sistema financiero. Además, como consecuencia de la armonización comunitaria y fruto de la nueva filosofía inspiradora del sistema de

<sup>1</sup> *Decreto Legislativo 385/1993, de 1 de septiembre* (Suppl. ord. GU núm. 230, de 30 de septiembre de 1993).

mutuo reconocimiento de las empresas bancarias a nivel CE, la nueva disciplina evidencia una fuerte vinculación de la autoridad crediticia italiana al Derecho comunitario (art. 6 del TU).

2. La especificidad del interés público inherente al ejercicio de la actividad bancaria determina la existencia de una estructura especial de órganos estatales dedicados a su tutela. El capítulo II examina cuáles son esos órganos, sus funciones y la naturaleza política o administrativa de sus actos y decisiones. El *Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio* (CICR), el Ministro del Tesoro y la Banca de Italia se reparten las competencias en materia de vigilancia de la actividad bancaria, asumiendo también importantes funciones de política monetaria y de control sobre los mercados mobiliarios. Además, la estructura regional de la República Italiana establecida en la Constitución de 1948 ha determinado que las cinco regiones con estatuto especial (Sicilia, Trentino Alto-Adige, Sardegna, Friuli-Venezia-Giulia y Valle D'Aosta) asuman competencias legislativas y administrativas en materia de crédito y ahorro.

3. La colocación de los bancos dentro del mercado financiero es el principal argumento del capítulo III. El fenómeno de creciente «desintermediación bancaria» por el nacimiento de nuevos intermediarios financieros y la expansión del ámbito operativo de los bancos han dado lugar a diversas opiniones acerca de cuál sea el posible futuro del sistema financiero italiano. Frente a aquellos que han defendido una tesis «panbancaria», conforme la cual el estatuto especial de la empresa bancaria ha de extenderse a los demás operadores financieros no bancarios —negándoles a éstos un ámbito operativo y normativo propio—; se sitúan los que postulan la desaparición de la actividad bancaria en atención a la eliminación de la especificidad de la actividad bancaria, cancelándose la «rígida» disciplina de los bancos e imponiéndose un modelo de control más limitado, como el previsto para los inversores institucionales.

La actividad bancaria se caracteriza por la recogida de depósitos entre el público y el ejercicio del crédito (art. 10.1.º del TU), el profesor Costi analiza en este capítulo el significado último de ambas expresiones, así como el ámbito de actividad de los intermediarios financieros no bancarios (arts. 106 ss. del TU). Indudablemente, la consideración de la actividad bancaria como actividad empresarial (arts. 2195.4 del CC italiano y 10.1.º *in fine* del TU) subordina su regulación a la reserva de ley en materia de libertad de iniciativa económica (41 de la Constitución), que se ha de conciliar con el objetivo macroeconómico de la tutela del ahorro (47 de la Constitución). Esta visión elimina de raíz cualquier posible atisbo de considerar a la empresa bancaria como una «empresa-función», un servicio público en sentido objetivo, o de atribuir al ordenamiento crediticio el carácter de «ordenamiento seccional» que imponga a la empresa bancaria la persecución de objetivos de carácter general.

A la eliminación de la especialización y del pluralismo bancario dedica el profesor Costi las últimas páginas del capítulo III. Durante la vigencia de la ley bancaria de 1936-1938 el principio de la división del trabajo bancario determinó que se impusiera la especialización de las entidades de crédito en el ejercicio de los distintos segmentos de la actividad bancaria (*especialización operativa*). La principal distinción fue la que se estableció —en atención a la duración de los depósitos— entre haciendas e institutos de crédito. Las haciendas se especializaban en los depósitos a corto plazo (menos de dieciocho meses), mientras que los institutos lo hacían en aquéllos a medio y largo plazo (más de dieciocho meses). Posteriormente, sus ámbitos operativos se redujeron aun más cuando las haciendas debieron restringir su ámbito territorial de actividad de acuerdo con su

dimensión y capacidad operativa, y los institutos fueron obligados a financiar prevalentemente ciertos sectores de actividad. A lo largo de los años setenta y ochenta se eliminan algunas de estas restricciones, ampliándose sus respectivos ámbitos de actividad. El proceso de *desespecialización* culmina con la eliminación de la categoría de los institutos de crédito en 1992 y con la utilización exclusiva por el TU del término «bancos».

Otro de los fenómenos que han provocado un mayor impacto en el ordenamiento bancario italiano de los últimos años es la reducción del pluralismo bancario. Bajo la vigencia de la ley bancaria de 1936-1938 existía una amplia diversidad de entidades de crédito con intereses y objetivos diversos (*especialización institucional*). La mayor parte de estas entidades de crédito eran públicas y se caracterizaban por su atipicidad: carecían de un fin público que justificase su naturaleza pública, con la necesidad de afirmar en última instancia que el interés público que perseguían era el ejercicio de la actividad bancaria como tal. Estas entidades se agrupaban en tres categorías: Institutos de crédito de derecho público (*Banco di Napoli, Banco di Sicilia, Banco di Sardegna, Banca Nazionale del Lavoro, Istituto Bancario San Paolo di Torino y Monte dei Paschi di Siena*), Cajas de Ahorros y Bancas del Monte, Bancos de interés nacional (de la cual formaban parte la *Banca Commerciale, el Credito Italiano* y el *Banco di Roma*) e Institutos del crédito público. La Ley Amato número 218/1990, de 30 de julio, establece especiales procedimientos para la transformación y reestructuración de las entidades crediticias públicas en sociedades por acciones. Estas cuestiones son exhaustivamente abordadas por el profesor Costi en el capítulo VI.

4. Las importantes modificaciones introducidas por el TU en materia de la autorización para el ejercicio de la actividad bancaria y para la apertura de sucursales y la libre prestación de servicios bancarios se analizan en los capítulos IV y V. En lo que se refiere a la autorización para el ejercicio de la actividad bancaria, el artículo 14 del TU significa la superación del antiguo sistema de doble autorización (que requería una autorización para la constitución de la entidad y otra para el inicio de las operaciones bancarias), estableciéndose una sola autorización para la constitución. Al mismo tiempo, se supera la amplia discrecionalidad existente en el régimen precedente, que había dado resultado a un sistema bancario muy proteccionista que bloqueaba la concesión de autorizaciones con la finalidad de garantizar la estabilidad de los bancos y racionalizar el sistema. Actualmente, la Banca de Italia ha de verificar el cumplimiento de ciertos requisitos objetivos y tasados para autorizar a una entidad de crédito el ejercicio de la actividad bancaria. Como bien pone de relieve el profesor Costi, una vez que se cumplan esos requisitos no cabe discrecionalidad alguna y la autorización se convierte en un acto *debido*, que la Banca de Italia no puede obviar. Estos requisitos son: *a)* Que la entidad haya adoptado la forma de sociedad por acciones o sociedad cooperativa por acciones de responsabilidad limitada; *b)* La suscripción y el desembolso de la cifra de capital social mínimo (a determinar por la Banca de Italia); *c)* La presentación de un programa de actividad y de los estatutos sociales; *d)* El cumplimiento por los socios de los requisitos de honorabilidad establecidos por el Ministerio del Tesoro (art. 25) y de los presupuestos de la autorización para formar parte del capital del banco (art. 19); *e)* El cumplimiento por los sujetos que ejerciten funciones de administración, dirección y control de los requisitos de honorabilidad y profesionalidad establecidos por el Ministerio del Tesoro (art. 26). Como manifestación del principio de separación de banca e industria se prohíbe a las empresas industriales la participación en más del 15 por 100 del capital de un banco.

De otra parte, la importancia de la articulación territorial de los bancos para el incremento de su volumen de negocios hace que el régimen jurídico de las sucursales constituya una cuestión de gran trascendencia en orden a la planificación de la estructura y de la organización de la empresa bancaria. Hasta los años noventa la apertura de sucursales ha estado sometida a la autorización discrecional de la Banca de Italia que, apelando a la estabilidad del sistema, había restringido enormemente las autorizaciones para la apertura de sucursales. En consonancia con las exigencias comunitarias, el TU ha establecido una regulación de nueva planta que no prevé la necesidad de autorización para la apertura de sucursales por los bancos italianos en Italia o en otro Estado comunitario, siendo exclusivamente necesaria la comunicación a la Banca de Italia a efectos de que ésta pueda ejercer su vigilancia y control. Sólo excepcionalmente se prevé la posibilidad de que la Banca de Italia pueda, por las causas taxativamente previstas en el TU (arts. 15.1.º y 78) prohibir la apertura de una sucursal u ordenar su cierre. Por lo que respecta a los bancos comunitarios, éstos podrán abrir sucursales o prestar sus servicios en Italia previa comunicación a la autoridad competente de su Estado de procedencia, para que ésta, a su vez, se lo comunique a la Banca de Italia. Los poderes de la Banca de Italia frente a las sucursales de los bancos comunitarios se limitan a la vigilancia informativa y, muy excepcionalmente, está prevista la posibilidad de que la Banca de Italia pueda incoar contra ellos actuaciones cautelares o sancionatorias.

En cuanto a la prestación de servicios o la apertura de sucursales por los bancos italianos en Estados extracomunitarios es necesaria la autorización de la Banca de Italia. De otro lado, los bancos extracomunitarios requieren una autorización del Ministerio del Tesoro para abrir su primera sucursal en Italia, mientras que las sucesivas —así como la prestación de servicios sin apertura de sucursal— son autorizadas por la Banca de Italia.

5. El profesor Costi dedica el capítulo VI a la reducción de las categorías de las entidades de crédito, que constituye uno de los rasgos caracterizantes del nuevo ordenamiento bancario italiano. Los bancos tan sólo podrán adoptar la forma de sociedad por acciones y de sociedad cooperativa por acciones de responsabilidad limitada. El régimen de las sociedades bancarias por acciones presenta notables desviaciones del Derecho común en multitud de cuestiones (constitución, modificación de estatutos, límites a la asunción de participaciones, cuentas anuales, etc.) en atención a las peculiaridades de la actividad bancaria. De especial interés resultan las particulares previsiones establecidas para facilitar la transformación de las entidades de crédito públicas en sociedades por acciones. En este punto, las críticas del profesor Costi a los mecanismos establecidos para la conservación y la pérdida del control público en las sociedades resultantes de la transformación (que requerían la necesidad de autorización del Consejo de Ministros para aquellas operaciones que dieran lugar a la pérdida de la participación pública mayoritaria en las entidades de crédito resultantes de la reestructuración<sup>2</sup>) han demostrado ser de lo más acertadas al haber sido eliminados estos mecanismos en 1994<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> V. Artículos 19 a 21 del *Decreto Legislativo 356/1990, de 20 de noviembre* (Suppl. GU núm. 282, 3 de diciembre de 1990).

<sup>3</sup> V. *Decreto Legge 332/1994, de 31 de mayo* (GU núm. 126, de 1 de junio de 1994), convalidado por la *legge 474/1994, de 30 de julio* (GU núm. 177, de 30 de julio de 1994). Además, hasta 1993 se siguieron aplicando las disposiciones legales en materia de nombramiento de sus órganos de administración y control por el Ministro del Tesoro, evidenciándose una excesiva dependencia del poder político.



Todas las entidades públicas titulares de las participaciones en las sociedades por acciones resultantes de la transformación tienen estructura fundacional. Se les reconoce plena autonomía estatutaria aunque las modificaciones de sus estatutos sociales habrán de ser aprobadas por el Ministro del Tesoro, que es también el órgano encargado de su vigilancia. Otras especialidades de su régimen jurídico permiten hablar de «contaminación crediticia», pues se contempla la posibilidad de que razones de interés general justifiquen que la liquidación de estas entidades se realice a través del procedimiento especial de liquidación forzosa previsto para los bancos.

El elenco de los tipos de bancos existentes tras el TU de 1993 se completa con aquellos que adoptan la forma de sociedad cooperativa por acciones de responsabilidad limitada, o sea, los bancos populares y los bancos de crédito cooperativo.

Los bancos populares surgen en la primera mitad del siglo pasado, especializados en el crédito a la pequeña y mediana empresa. Su evolución hasta la actualidad constata la pérdida del carácter mutualístico y cooperativo (no se prevé la gestión del servicio a favor de los socios) y la creciente utilización de las participaciones en su capital como una inversión financiera. Esta última circunstancia motiva que se prevea un peculiar funcionamiento de las cláusulas de *placet* (art. 30), en el que se establece una «revolucionaria» división de los derechos correspondientes a las acciones del accionista que ha visto denegada su solicitud de acceso al capital social, permitiéndosele el ejercicio de los derechos de contenido patrimonial (al dividendo, de adquisición preferente en caso de ampliación del capital social, a la cuota de liquidación, a la distribución de las reservas, etc.).

Los bancos de crédito cooperativo sustituyen a las antiguas Cajas Rurales y Artesanas, especializadas en la financiación del mundo agrícola y artesano. En la actualidad han perdido la especialización funcional, pero conservan su finalidad mutualística y la tipificación operativa de su actividad, dado el necesario carácter localista de sus socios (residentes o trabajadores en el territorio de competencia del banco) y la obligación del ejercicio del crédito prevalentemente a su favor.

6. La nueva regulación de los créditos especiales se expone en el capítulo VII. El TU ha modificado profundamente el régimen de los créditos especiales (arts. 38-48), simplificando y racionalizando las categorías anteriormente previstas y eliminando el fuerte vínculo que en la ley bancaria de 1936-1938 existía entre la entidad otorgante del crédito especial y la disciplina de este último. Actualmente, se reconoce la posibilidad de que cualquier banco pueda conceder créditos especiales, siempre que respete las condiciones y requisitos propios establecidos para cada uno de ellos. Esta solución se ha extendido también a los créditos «subvencionados» (*crediti agevolati*), previéndose la posibilidad de que cualquier entidad crediticia italiana o extranjera pueda concederlos previa firma de un convenio con la Administración pública competente y siempre que acredite una adecuada estructura técnica y organizativa a los efectos de la prestación de tal servicio.

7. El interés público inherente al ejercicio de la actividad bancaria determina la imposición a los bancos de unos deberes de absoluta transparencia frente a la autoridad crediticia. El profesor Costi examina las particularidades del régimen de transparencia bancaria en el capítulo VIII. En esta materia, a las reglas establecidas en los artículos 20 y 21 del TU para la identificación de los participantes en el capital del banco y de los eventuales sindicatos de voto, se añade una disciplina especial de los balances bancarios establecida en el Decreto

Legislativo 87/1992. Además, para acentuar la transparencia del mercado del crédito en 1976 se creó el Servicio para la centralización de los riesgos bancarios. Los bancos han de comunicar a la Central de riesgos los créditos concedidos y su correspondiente utilización para que ésta calcule la posición de riesgo de cada banco.

Es lugar común afirmar que la información que los bancos adquieren sobre sus clientes se encuentra amparada por el «secreto bancario», mas el TU nada habla sobre la cuestión. La unanimidad doctrinal sobre la existencia del secreto bancario se mezcla con una fuerte discusión sobre su fundamento jurídico. El profesor Costi rechaza las tesis de aquellos que basan la existencia del secreto bancario en el secreto de oficio, en el secreto profesional (*ex. art. 622 CP*), en los usos normativos (*art. 1.374 CC*) o en derecho a la intimidad, para encontrar su verdadero fundamento en el principio de corrección y buena fe recogido en el artículo 1175 del Código Civil italiano. Esta reducida base jurídica hace que sean muchos los límites que se imponen al secreto bancario (no siendo oponible por los bancos en los procedimientos civiles o penales para abstenerse de prestar declaración) y que sean muy pocas las ocasiones en las que los bancos puedan utilizarlo como defensa (así, por ejemplo, en las relaciones con la Administración tributaria).

La dificultad y complejidad de los contratos y demás productos bancarios ha motivado que el TU establezca una disciplina especial en materia de transparencia de las condiciones contractuales (*arts. 115-120*). Estas normas se aplican a las actividades de los bancos e intermediarios financieros en Italia y pretenden superar la asimetría informativa que existe entre los bancos y sus clientes. Con tal finalidad se establece la obligación de que los bancos hagan públicos los precios, tipos de interés, gastos y demás condiciones económicas que practican en sus operaciones con los clientes (*art. 116*), y se determina un contenido mínimo necesario de los contratos. En efecto, éstos habrán de ser por escrito, enviándose una copia al cliente, estableciéndose además particulares reglas para la integración del contrato o la sustitución de las cláusulas nulas y para la eventual modificación de las condiciones contractuales. Particularmente llamativa resulta la facultad de tipificación administrativa del contenido necesario de algunos contratos o títulos bancarios que se otorga a la Banca de Italia (*art. 117.8.º*). La limitación a la autonomía contractual es evidente mas esta «univocidad obligatoria» del lenguaje no pretende sino salvaguardar a los consumidores de posibles engaños.

El capítulo VIII culmina con la exposición de las cuestiones relativas al crédito al consumo. A diferencia de las normas sobre la transparencia contractual a las que nos acabamos de referir, aquí la intención del legislador es reequilibrar las prestaciones de las partes. El ejercicio de esta actividad crediticia se reserva a los bancos e intermediarios financieros y a los sujetos autorizados para la venta de bienes o la prestación de servicios en Italia (estos últimos sólo en la forma de dilación del pago del precio), estableciéndose la obligación de calcular y hacer pública la tasa anual efectiva global (TAEG) y ciertas indicaciones contractuales mínimas.

8. Las competencias y poderes de las autoridades crediticias en materia de vigilancia sobre los bancos se analizan en el capítulo IX. La necesaria transparencia de los bancos frente a la Banca de Italia ha supuesto que se concedan a esta última ciertas facultades de vigilancia informativa y de inspección bastante amplias (*arts. 51 y 54*), previéndose además la colaboración del *collegio sindacale* o de la sociedad revisora de cuentas del banco en el cumplimiento de las

funciones de vigilancia por la Banca de Italia (art. 52). La información adquirida por la Banca de Italia está amparada por el secreto de oficio (art. 7), aunque éste no será oponible a la *Commissione Nazionale per le Società e le Borse* (CONSOB) ni a otras autoridades de vigilancia bancaria internacionales. Los poderes más importantes concedidos a las autoridades crediticias son los derivados de la que se conoce como «vigilancia reglamentaria» (art. 53). En efecto, se reconoce a la Banca de Italia –siguiendo las deliberaciones previas del CICR– el poder normativo sobre cuatro importantes cuestiones: a) la adecuada patrimonialización de los bancos; b) la contención del riesgo; c) las participaciones detenibles, y d) la organización administrativa y contable y los controles internos.

En materia de patrimonialización bancaria, siguiendo las pautas comunitarias, la Banca de Italia otorga una importancia preponderante al capital social como parámetro para medir la capacidad del banco de afrontar los riesgos ínsitos a la actividad bancaria. Con esta finalidad ha establecido las bases para el cálculo del llamado «patrimonio de vigilancia» y, luego, ha fijado unos coeficientes patrimoniales mínimos obligatorios (coeficiente de solvencia y coeficiente de intermediación).

Entre las cuestiones que el profesor Costi analiza sobre la contención de los riesgos bancarios deben destacarse el particular régimen de la emisión de obligaciones bancarias (art. 12), los intereses bancarios y la paridad de tratamiento, los límites de crédito y el control sobre los grandes créditos. En este último punto la normativa italiana es menos rígida que la de la Directiva 92/121/CEE, previniéndose una aproximación progresiva a la misma antes del 31 de diciembre de 1998.

De otro lado, si en el artículo 19.6.º del TU se establecía la limitación a la participación de las empresas industriales en el capital de los bancos, el revés de este principio de separación banca-industria se encuentra en la actuación que la Banca de Italia ha dado al artículo 53.1.c) del TU. El temor a una inmovilización excesiva de fondos, a la eventual iliquidez y a la distorsión en la distribución del crédito bancario, han dado lugar a un sistema muy limitativo de la participación de los bancos en el capital de las empresas industriales. El profesor Costi analiza la cuestión partiendo de la crisis de la banca mixta (1931-1934) y pone de relieve como, desde entonces, la regla de la separación banca-industria se ha consolidado como uno de los principios básicos del ordenamiento bancario italiano (estableciéndose una disciplina bastante más restrictiva que la prevista en la Directiva 89/646/CEE). No obstante lo anterior, las limitaciones son menores para las participaciones bancarias en otras empresas bancarias, financieras o de seguros, y se establece una mayor libertad para ciertos bancos en función de su menor riesgo de iliquidez (bancos habilitados y bancos especializados).

La Banca de Italia ejerce también su vigilancia sobre algunos aspectos del mercado de valores. En este punto, como preveía el profesor Costi, la actuación en el Derecho italiano de las Directivas 93/22/CEE y 93/6/CEE, sobre las actividades de intermediación mobiliaria, ha conllevado una ampliación del ámbito operativo de los bancos en los mercados de valores. En efecto, el Decreto Legislativo 415/1996, de 23 de julio de 1996<sup>4</sup> (que da actuación en el ordenamiento italiano a las citadas Directivas) establece una mayor libertad para las operaciones de los bancos en los mercados mobiliarios, que podrán negociar directamente valores cotizados en bolsa o en el mercado restringido (art. 21.1.º del Decreto Legislativo 415/1996). La vigilancia de la actividad de los bancos en este sector

<sup>4</sup> Suppl. ord. GU núm. 186, de 9 de agosto de 1996.

se reparte entre la Banca de Italia y la CONSOB siguiendo un criterio funcional. La primera controla la estabilidad patrimonial de los operadores en el mercado, mientras que la segunda controla las obligaciones de información y correcto comportamiento de los operadores y la regularidad de las negociaciones (art. 9.1.º, *legge* 1/1991, de 2 de enero).

El capítulo IX se cierra con el examen de la vigilancia consolidada y de los grupos bancarios. Sólo se consideran pertenecientes al grupo bancario las sociedades bancarias, financieras e instrumentales; el resto de las sociedades controladas o participadas están sometidas a la vigilancia consolidada, pero no se les aplican las normas sobre los grupos bancarios. El TU distingue los supuestos en los que la sociedad-holding sea una sociedad bancaria de aquellos en los que lo sea una sociedad financiera. En este último caso la componente bancaria del grupo ha de tener una particular relevancia, debiendo tratarse además de una sociedad que ejercite la actividad de asunción de participaciones o concesión de financiación. La sociedad-holding asume el deber de dar instrucciones a las sociedades pertenecientes al grupo en ejecución de las disposiciones emanadas por la Banca de Italia en ejercicio de la vigilancia reglamentaria, para ello deberá tener en cuenta el límite infranqueable que establece el derecho común sobre grupos de sociedades en Italia: no se podrá imponer a las sociedades controladas el sacrificio de su propio interés en beneficio del interés del grupo.

9. Las economías de escala que se pueden encontrar en el ejercicio de la actividad bancaria justifican la necesidad de que el ordenamiento jurídico favorezca los fenómenos de concentración y cooperación bancaria. Las principales formas de cooperación son los acuerdos contractuales entre empresas bancarias y la participación en estructuras asociativas comunes, mientras que las formas de concentración son la formación de grupos de sociedades y la fusión. El profesor Costi aborda en el capítulo X la profunda modificación que el TU ha significado en materia de fusiones bancarias. En el ordenamiento precedente existía una actitud favorable a las fusiones bancarias, que se constataba claramente en el procedimiento especial de fusión previsto en la ley bancaria de 1936-1938 y en la prescripción de las fusiones obligatorias de las Cajas de Ahorros y los Montes, y en el que se evidenciaba además una tendencia a la progresiva publicación del sistema dada la posibilidad conferida a las entidades crediticias públicas de incorporar cualquier otra sociedad bancaria. Al reducir la tipología bancaria, el TU ha simplificado notablemente el régimen jurídico de las fusiones, sometiéndolas a las normas del Código Civil. Será precisa la autorización de la Banca de Italia, aunque su control se ha de limitar a garantizar que la fusión sea compatible con la sana y prudente gestión de las entidades implicadas (art. 57).

Junto al procedimiento general de fusiones bancarias, se prevén dos procedimientos especiales que favorecen la fusión o transformación de los bancos populares y de los bancos de crédito cooperativo en sociedades bancarias por acciones (arts. 31 y 37).

En el ordenamiento precedente, debido a las restricciones existentes para el acceso al mercado bancario, cobraba especial relieve el régimen de las transferencias y cesiones de hacienda o ramos de actividad y, en particular, la cesión de sucursales bancarias. Evidentemente, con la liberalización del acceso al ejercicio de la actividad bancaria su relevancia pierde sentido. La Banca de Italia controlará este tipo de operaciones, limitándose a comprobar que no dañan la sana y prudente gestión de la banca cesionaria. De otro lado, se establecen significativas modificaciones del régimen previsto en el Derecho común para facilitar la cesión de los créditos y la terminación de las relaciones en curso (art. 58).

El capítulo X se completa con el examen de la disciplina de la competencia bancaria. El nuevo ordenamiento bancario introduce un importante cambio al prever la aplicación al mercado bancario de las normas del Derecho común de la competencia. La característica de mayor relieve del ordenamiento bancario italiano en materia *antitrust* es la atribución de la competencia a la Banca de Italia (art. 20.2.º de la *legge* 287/1990, de 10 de octubre), que sustituirá a la Autoridad garante de la competencia en la vigilancia de posibles prácticas o acuerdos restrictivos de la competencia entre bancos, abusos de posición dominante u operaciones de concentración. Esta sustitución sigue un criterio de buena administración, tratando de aprovechar la mayor experiencia acumulada de la Banca de Italia sobre las actividades de los bancos y con la clara voluntad de asegurar una más eficiente actuación de las reglas previstas para la tutela de la competencia. Naturalmente, cuando se trate de operaciones que se desarrollen a nivel del mercado comunitario, será de aplicación el derecho comunitario de la competencia.

10. El capítulo XI se sumerge en las profundidades del Derecho de las crisis bancarias, que constituye sin lugar a dudas el sector del ordenamiento bancario en el que se comprueba con una mayor claridad la importancia del control público de la actividad bancaria. El principal punto de partida es que el mercado y la libertad empresarial son insuficientes para garantizar la liquidez y la estabilidad del sistema bancario. Como la relación entre el banco y el depositario es una relación fiduciaria, que se asienta en la confianza de los depositarios en la estabilidad y solvencia del banco, una eventual pérdida de confianza de los depositarios podría ocasionar una «carrera» de éstos para retirar sus depósitos, con la consiguiente alarma y la crisis de todo el sistema financiero y crediticio. Por esta razón, a diferencia de lo que ocurre en el derecho concursal común, la disciplina de las crisis bancarias se activa ante cualquier circunstancia (v. gr., irregularidades en la gestión del banco, conductas peligrosas para la futura solvencia del banco, etc.) que pueda ocasionar tal crisis de confianza, con instrumentos que predominantemente desarrollan una importante función preventiva de la crisis. Antes de adentrarse en el estudio de la normativa del TU en la materia, el profesor Costi subraya los defectos del ordenamiento jurídico precedente, que tendía a descargar sobre la colectividad la recuperación y el salvamento de las entidades de crédito en crisis. Tan sólo entrados los años ochenta, cuando cayeron en desuso los instrumentos anteriormente previstos (particularmente la posibilidad de transferir el activo y el pasivo del banco insolvente a otro y la anticipación a interés cero, prevista por el Decreto del Ministerio del Tesoro de 27 de septiembre de 1974) y se creó el Fondo interbancario de tutela de los depósitos (1986), se sientan las bases para un sistema más razonable y coherente, que se asienta sobre una lógica mutualística y que prevé como principales instrumentos de intervención la administración extraordinaria y la liquidación forzosa.

La administración extraordinaria provoca la disolución de los órganos con funciones administrativas y de control del banco y es decretada por el Ministro del Tesoro, a propuesta de la Banca de Italia, cuando se hayan producido graves irregularidades en la gestión del banco, graves violaciones de las normas que regulan la actividad bancaria o sean previsibles graves pérdidas patrimoniales (art. 70). La Banca de Italia nombra un comisario extraordinario y un comité de vigilancia, que sustituyen a los órganos disueltos en sus funciones y a los que se les encarga además una importante función inspectiva, para que averigüen con precisión la situación real de la empresa bancaria. La suspen-

sión de los pagos sólo podrá ser decidida por el comisario previa autorización de la Banca de Italia, por un período no superior a un mes prorrogable otros dos meses (art. 74). La junta general de accionistas es suspendida en sus funciones y tan sólo en determinadas circunstancias, previa autorización de la Banca de Italia, podrá ser convocada (art. 72.6.º). Además, la Banca de Italia tiene la facultad de revocar en cualquier momento al comisario extraordinario y al comité de vigilancia, así como de darles instrucciones durante el desarrollo de sus funciones (art. 72.4.º). La administración extraordinaria tiene una duración máxima de un año desde la emanación del decreto que la establece, que puede ser excepcionalmente prorrogada otros seis meses por el Ministro del Tesoro. Transcurrido ese tiempo, si la situación de crisis ha sido superada se debe restablecer a los órganos de administración y control de la sociedad; si la situación de crisis continúa se ha de proceder a la liquidación forzosa del banco (art. 75).

Los bancos están excluidos de los procedimientos concursales comunes, previéndose su liquidación forzosa y la revocación de la autorización para el ejercicio de la actividad bancaria en ciertas circunstancias de excepcional gravedad. La tutela completa de los intereses de los ahorradores exige que la liquidación se acompañe siempre de la revocación de la autorización para el ejercicio de la actividad bancaria. Como acertadamente argumenta el profesor Costi, mientras que la liquidación protege el interés de los depositantes («*risparmio-raccolto*»), la revocación de la autorización del interés de los potenciales depositantes en el futuro («*risparmio da raccogliere*»), que se verían desprotegidos si el banco pudiera continuar ejerciendo la actividad bancaria. Se trata, por tanto, de una revocación sancionadora, toda vez que la liquidación forzosa aparece un evidente juicio acerca de la inidoneidad del banco para el ejercicio de la actividad bancaria.

La liquidación forzosa es también decretada por el Ministro del Tesoro, a propuesta de la Banca de Italia, una vez comprobadas irregularidades en la administración del banco de excepcional gravedad; la violación de excepcional gravedad de las disposiciones legislativas, administrativas o estatutarias; la previsión de pérdidas patrimoniales de excepcional gravedad o que sea declarada judicialmente su insolvencia (art. 80). El decreto de liquidación determina la suspensión de pagos y de los poderes de disposición de los bienes del banco y la cesación en sus funciones de sus órganos, que son sustituidos por un comisario-liquidador y un comité de vigilancia nombrados por la Banca de Italia. El comisario-liquidador se encarga de la dirección del procedimiento de liquidación bajo la atenta mirada de la Banca de Italia, que tiene facultad de impartir instrucciones en el desarrollo del procedimiento y que debe autorizar algunas de las decisiones más significativas. Dentro del procedimiento de liquidación, cuyas líneas básicas coinciden sustancialmente con las del Derecho concursal común, debe llamarse la atención sobre la pérdida de relevancia de la autoridad judicial, que no juega el activo papel que en el procedimiento concursal ordinario se le atribuye en la determinación del pasivo y en la tutela de los derechos subjetivos envueltos en la liquidación. Junto a ello, la falta de depósito de la lista de los acreedores depositantes («*creditori chirografari*») constituye otra posible brecha de los derechos individuales involucrados en la liquidación. El procedimiento de liquidación forzosa finaliza con la aprobación del balance final y del plan de reparto por la Banca de Italia, procediéndose a continuación al reparto final; o con la autorización de la Banca de Italia de la propuesta de concordato (sin que se prevea su homologación por los acreedores). En ambos

casos, finalizado el procedimiento con el reparto del activo residual, el profesor Costi llama la atención sobre la posibilidad de que la sociedad continúe existiendo previa modificación de su objeto social. A su juicio, sostener la necesaria cancelación de la sociedad en el Registro mercantil resultaría poco razonable, pues se estaría condenando a la extinción a una entidad cuya supervivencia no perjudica interés alguno. Se debe concluir, por tanto, que si bien la extinción de la sociedad es una de las soluciones posibles del procedimiento de liquidación forzosa (si se quiere, la solución más corriente) no es en absoluto la solución necesaria.

Por lo que respecta a la crisis de los grupos bancarios, como ocurre respecto de la vigilancia consolidada, la principal preocupación del TU consiste en neutralizar la eventual fuente de riesgo que para el banco pueden suponer las sociedades financieras controladas. La coherencia y la lógica de la normativa en materia de grupos bancarios introducida por el TU exigía la introducción de algunas reglas particulares sobre las crisis de los grupos. Por ello, aunque se aplican a los grupos bancarios las normas previstas para la administración extraordinaria y la liquidación forzosa de los bancos individuales, se introducen varias adaptaciones a las causas de intervención y a los poderes del comisario y del comité de vigilancia para afrontar algunas de las particularidades y mayores complejidades que presentan los grupos.

Finalmente, el profesor Costi analiza el régimen jurídico y el funcionamiento del Fondo interbancario de tutela de los depósitos, un consorcio voluntario creado en 1986 con el objeto de asegurar a los depositantes una protección ulterior respecto a la que ofrecen los instrumentos de vigilancia bancaria. En este punto es importante mencionar que el Decreto Legislativo 659/1996, de 4 de diciembre, ha introducido una sustancial modificación de la normativa del TU, incorporando cuatro nuevos artículos (arts. 94 a 94 *quater*)<sup>5</sup>. En estos preceptos se traza un nuevo sistema de acuerdo con los principios de la Directiva 94/19/CEE. El límite básico de reembolso coincide con el previsto anteriormente (200 millones de liras) y las categorías de depósitos no reembolsables son sustancialmente idénticas a las precedentes. La novedad más importante es que la adhesión al sistema de los bancos italianos es obligatoria, pasando a constituir un requisito adicional para el ejercicio de la actividad bancaria (*ex. art. 96 quater. 4*). Además, las sucursales comunitarias se pueden adherir voluntariamente al sistema (principio del «*topping-up*»), mas sin que puedan hacer valer en Italia un nivel de cobertura superior al previsto por el sistema italiano (cláusula «*export-banned*»).

11. En definitiva, *L'Ordinamiento Bancario* constituye una referencia obligada para aquellos que quieran adentrarse en el estudio del moderno derecho bancario italiano. Frente a la innegable complejidad de las materias que en el libro se tratan, el profesor Costi presenta de una manera diáfana y sistemática, un completo panorama del derecho bancario italiano tras el TU.

FRANCISCO MARCOS

Universidad Autónoma de Madrid

---

<sup>5</sup> GU núm. 302. de 27 de diciembre de 1996.

**GÓMEZ CALERO, Juan: Régimen jurídico del contrato de viaje combinado, Dykinson, S. L., Madrid, 1997, 183 pp.**

El impulso dado por las Comunidades Europeas en el ámbito de la protección de los consumidores ha sido evidente, con el objetivo de elevar los estándares de protección y de garantías jurídicas en los estados miembros. En un ámbito tan decisivo para España como el turismo, con la enorme repercusión que éste tiene en el PNB español, la Directiva 90/314 CEE, de 13 de julio, traspuesta al derecho doméstico por la Ley 21/1995, de 6 de julio, que regula los viajes combinados supone un hito importante que el profesor Gómez Calero ha sabido tratar con el rigor necesario, no exento de la vertiente práctica que la obra que ahora nos ocupa pretende alcanzar, como el propio autor señala en el prólogo.

El profesor Gómez Calero pretende analizar de manera sintética todo el régimen jurídico del contrato de viaje combinado, recorriendo exhaustivamente el *iter contractus* y prestando una especial atención a los conceptos jurídico-económicos que forman los elementos subjetivos y objetivos del contrato, a los que se dedican especialmente los capítulos III y IV de la obra que nos ocupa.

Se inicia el libro con un capítulo introductorio, en el cual se nos muestra el camino recorrido por el Consejo y la Comisión de la UE para dar a luz la mencionada Directiva que regule el siempre convulsionado sector del viaje combinado, sometido a una feroz competencia (a veces desleal) en el cual el sufrido consumidor o usuario tradicionalmente ha soportado todo tipo de desórdenes organizativos y prácticas irregulares o fraudulentas, como el propio autor ha comprobado al analizar los folletos publicitarios de las agencias de viajes. El nacimiento de las normas estudiadas se desgrana paso a paso, aludiendo brevemente a los trámites parlamentarios, enmiendas etc., para luego «desmenuzarnos» artículo por artículo, de manera que el lector tenga (incluso sin los textos a la vista) una idea detallada de lo que la norma pretende regular, y las soluciones (observadas a vista de pájaro) que se dan a los problemas (fundamentalmente de responsabilidad) planteados.

Las referencias a los textos doctrinales extranjeros nos dan una idea de la profundidad con que se ha abordado el problema, sin caer por ello en un tono academicista. Como colofón del capítulo se adelanta una idea general sobre la ley y su ámbito de aplicación, señalándose ya desde el principio que la protección de los consumidores y usuarios es la piedra angular sobre la que gira toda la configuración de las normas examinadas.

Se abordan en el capítulo II unas «nociones generales» que, como he señalado, me parecen de especial valor para distinguir la figura del contrato de viaje combinado de otras figuras más o menos afines o semejantes, derivando de estas notas su naturaleza jurídica. Partiendo de los textos legales se aportan algunas notas características que sin duda sirven de test revelador para comprobar si nos encontramos ante esta figura negocial del viaje combinado, que el autor califica como contrato mercantil en base a unas razones expuestas sucintamente pero con claridad. Nos encontramos, ante un contrato de naturaleza «compleja, múltiple o mixta» (p. 37), que se califica de *sui generis*, y por tanto, autónoma. Aparecen de nuevo aquí, y se repiten como características generales de toda la obra, las notas de concisión y espíritu sintético, con las que el autor parece querer evitar alargarse en infructuosos circunloquios.

Los capítulos III y IV (que trataremos conjuntamente) versan sobre los elementos personales y reales del contrato, partiendo en todo momento de las refe-



rencias que la ley hace a conceptos como «organizador» o «detallista», añadiéndose una panorámica de la regulación de las agencias de viajes.

Hace un esfuerzo el profesor Gómez Calero para identificar y caracterizar correctamente a todas las partes integrantes del contrato, o relacionadas con éste, con una mención al «asegurador» en la que tal vez se podría haber profundizado un poco más, dada la importancia práctica del tema que, sin embargo, el autor prefiere no tratar en el presente volumen.

Se detiene el curso explicativo, al analizar los elementos reales del contrato, en la regulación general del contrato de transporte en España, así como en las responsabilidades de los empresarios de hostelería, con lo que sin duda se ilustran problemas colaterales al objeto central de estudio, demostrándose una vez más la vertiente eminentemente útil y práctica del trabajo. Se realiza un especial esfuerzo para delimitar un concepto jurídico abierto como lo es el de «otros servicios turísticos» (art. 2.1 de la Ley 21/1995) que el autor va definiendo por exclusión de lo que en modo alguno pueden considerarse como servicios turísticos, sino meras prestaciones accesorias de éstos.

El libro trata en su capítulo V de la formación del contrato, abordándose los problemas clásicos de momento de perfección del mismo y de la responsabilidad precontractual (con especial referencia al momento de la oferta, de tanta trascendencia en este ámbito) teniendo en cuenta las variaciones específicas derivadas de la calificación del contrato de viaje combinado como un contrato de adhesión con alguna complejidad añadida como son los actos de «inscripción» y «reserva», a los que la ley otorga un tratamiento diferenciado.

Es fundamental el análisis del contenido del folleto informativo, con los requisitos que éste debe contener, sistematizados en cuatro grupos al analizar el contenido del artículo 3.1 de la Ley 21/1995.

En la página 75 encuentra el profesor Gómez Calero aplicable la regulación general de la publicidad a este sector, en especial para evitar la publicidad ilícita de la que tantas veces son víctimas los más o menos incautos consumidores y usuarios.

Interesa la caracterización del concepto de «integración publicitaria del contrato», del que resulta que las informaciones contenidas en el programa-oferta son vinculantes para los organizadores, con alguna excepción. Esta figura es un elemento clave en la protección jurídica de los consumidores y limita la capacidad de las agencias de atraer clientes con ofertas de imposible realización práctica. Respecto de la perfección del contrato resultan aplicables las normas generales sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados por consumidores, y en especial la importantísima Directiva 93/13 CEE en la cual la UE tomó, otra vez, la iniciativa (al menos respecto del caso español) en la protección de los ciudadanos frente a los usos de las compañías mercantiles.

Se detiene el capítulo VI en los derechos y obligaciones de las partes, siguiendo el tradicional esquema aplicable a los contratos sinalagmáticos, con las puntualizaciones y matices que el autor considera pertinentes hacer, como añadido a lo que la ley preceptúa en su artículo 6, insistiendo en la obligación de asistencia e información que corresponde a las agencias de viajes, tan frecuentemente ignorada en la práctica, en ocasiones por el propio desconocimiento de los consumidores y usuarios.

La mención a la obligación de puntualidad que atañe al consumidor, y su eventual falta de asistencia en el momento de iniciarse el viaje ilumina un supuesto muy corriente en la práctica, que tradicionalmente se ha reconducido a la figura del desistimiento unilateral.

Las vicisitudes de las que puede ser objeto el contrato se tratan en el capítulo VII, y me parece de vital importancia la «revisión de precios», que se conceptúa, acertadamente, como una modificación de un elemento real esencial del contrato. Aunque la regla general es que esta práctica (tan habitual) no puede llevarse a cabo, se admiten excepcionalmente casos de revisión (por ejemplo, por variaciones en el tipo de cambio de la divisa) que tratan de lograr el justo equilibrio entre los derechos del consumidor y la protección financiera de las agencias de viajes, tan expuestas a estos cambios bruscos en su entorno económico. Respecto de la modificación de elementos esenciales del contrato (antes de la salida del viaje) que pueden, en ciertos casos, propiciar la resolución del mismo, el autor las caracteriza como supuestos de incumplimiento, lo que viene a alterar la sistemática elegida por la ley. Se aporta una solución doctrinal para el caso de que los consumidores acepten el contrato modificado, que me parece adecuada, por lógica y concisa, reflejando así la opinión personal del profesor Gómez Calero ante el tema.

Es sistemáticamente en el capítulo VIII donde se tratan los problemas derivados de los incumplimientos contractuales, tanto por parte del organizador o detallista (después de la salida del viaje) como por parte del consumidor, a los que se les aplica la doctrina general del incumplimiento para «integrar» doctrinalmente, o al menos puntualizar, el contenido de la ley, de nuevo con brevedad. Resulta de especial interés la solución dada al problema de las consecuencias jurídicas del incumplimiento. La ley (art. 10.3) dice que en caso de reclamaciones, el detallista u organizador deberá «obrar con diligencia para hallar las soluciones adecuadas», que el autor reconduce a la diligencia exigida en el Código Civil (arts. 272, 497, 1094, 1555, 1889 y 1903). También se hace notar (p. 120) que la ley olvida tratar la restitución de la parte que corresponda del precio global satisfecho, situación que, sin duda, en la práctica se puede dar. La solución que se adopta en este caso va por la vía del enriquecimiento injusto o sin causa, y el régimen jurídico del daño patrimonial. El silencio de la ley respecto del incumplimiento por parte del consumidor hace que aquí se acuda de nuevo a la teoría general de las obligaciones, partiendo de una previa sistematización de los supuestos.

Quizá el centro de gravedad del libro se encuentra en su capítulo IX, donde se trata la responsabilidad de las agencias de viajes, y las consecuentes reclamaciones de daños y perjuicios. El autor defiende que nos encontramos ante una responsabilidad de carácter objetivo y solidario legalmente consagrada, interpretando la ley y la directiva comunitaria de la que trae causa. La ley sólo se refiere (art. 11.1 *in fine*) a la solidaridad respecto del concreto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, pero el profesor Gómez Calero la extiende también a la responsabilidad indemnizatoria siguiendo el esquema lógico de la ley y sus objetivos. La referencia a las causas de exclusión de la responsabilidad es inevitable, y se trata con una cierta amplitud, pues serán supuestos que se alejen muy frecuentemente en la práctica. También es de gran relevancia, teórica y práctica, el denominado «derecho a actuar» de las agencias de viajes frente al prestador de servicios que no cumple lo prometido. El asiento sustantivo de este derecho a actuar se encuentra en los artículos 1101 y 1129 del CC y el concepto que se demanda no son «daños y perjuicios» (que se causan al usuario), sino el daño patrimonial que la agencia sufre al resarcir al consumidor. Por otro lado, al tratarse de una responsabilidad objetiva, es necesario limitarla, y para ello se hace referencia a los diversos convenios internacionales que regulan la prestación de estos servicios, a los que se dedica una interesante vista panorámica.

También se delimita conceptualmente la fianza que las agencias de viajes deben depositar ante la autoridad administrativa turística, y se sistematizan por clases y formas de constitución. Se termina con un breve esquema de la responsabilidad administrativa de las agencias de viajes, de indudable interés para los profesionales del ramo.

En el X, y último capítulo, (existe luego un anexo con el texto de la directiva y de la ley) se abordan los problemas derivados de la extinción del contrato, o más correctamente, de los supuestos en los que el *iter contractus* se ve interrumpido en cualquiera de sus fases. Al tratar los supuestos de extinción total del contrato se hace una mención interesante al supuesto de cancelación por parte de la agencia. Aunque teóricamente el contrato deviene radicalmente nulo por falta de objeto, en la Ley 21/1995 se atribuye a la cancelación del contrato de viaje efectos resolutorios, con las consecuencias jurídicas propias de la resolución relativas a los derechos de los consumidores y usuarios (especialmente el derecho al resarcimiento y sus circunstancias exonerativas, p. 154). Respecto de la extinción parcial, sobresale el tratamiento dado al caso de no confirmación de la reserva, que se asimila al caso en el que el consumidor tiene la opción de resolver el contrato.

En definitiva, y a modo de conclusión, cabe decir que el profesor Gómez Calero ha construido un libro afrontando los problemas que los textos legales plantean de manera directa, y pensando en los que tienen que trabajar diariamente en este sector, sean juristas o no, sin renunciar por ello a la calidad científica que todo estudio universitario debe tener. La materia elegida desde luego valía la pena y se convierte así en una obra útil para entender correctamente los entresijos de la responsabilidad en el sector turístico. Enhorabuena por ello.

IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ

**VAQUER ALOY, Antoni: *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 175 pp.**

La mención expresa del ofrecimiento de pago conjuntamente con la consignación como rúbrica en la sección primera del capítulo IV del Título I del Libro cuarto del Código Civil, encabezando los artículos 1176 a 1181 del mismo cuerpo legal, que vienen a regular la consignación con una mera alusión al ofrecimiento de pago, ha inducido tradicionalmente a la confusión de pensar que no es este último, sino una figura necesariamente ligada a la primera, como presupuesto de la misma. Sin embargo, las referencias al ofrecimiento dispersas a lo largo del articulado del Código permiten apreciar una naturaleza jurídica, unos requisitos y unos efectos diversos, propios de aquél, que dan lugar a la posibilidad de intentar construir una teoría unitaria sobre el ofrecimiento de pago como institución jurídica única y autónoma. Al estudio institucional y sistemático de esta figura dedica el profesor Antoni Vaquer Aloy esta monografía que tiene el interés añadido de profundizar en las relaciones entre deudor y acreedor en lo tocante a las facultades de aquél y las cargas de éste.

La obra se estructura en cuatro amplios capítulos, el primero de los cuales se destina al análisis del interés del deudor en su liberación. Se plantea aquí el autor si tiene el deudor un derecho al cumplimiento, dado que la perpetuación del vínculo obligatorio le supone perjuicios evidentes —intereses, riesgos, hipotéticas garantías reales—, y el acreedor, una correlativa obligación de recibir dicho

cumplimiento; o si, por el contrario, y de acuerdo con la doctrina alemana del siglo XIX, no tiene el acreedor obligación de aceptar el pago ni de colaborar en el mismo –puesto que no puede ser compelido judicialmente a ello– y consecuentemente carece el deudor del derecho a ser liberado por el acreedor, dependiendo su liberación de la ley. Se decanta el profesor Antoni Vaquer por esta segunda postura, al considerar que nuestro Código Civil no sanciona la conducta del acreedor contraria al cumplimiento como infracción obligacional –concibe la cooperación del acreedor en el cumplimiento como una carga–, sino que arbitra un mecanismo tendente a la liberación del deudor sin la intervención del acreedor al que, en ocasiones, puede sumarse una responsabilidad de éste por daños, en atención al interés jurídicamente protegido de liberación que tiene el deudor, que no derecho al cumplimiento.

El capítulo segundo versa sobre la presentación legal del ofrecimiento de pago y comienza por señalar su naturaleza de acto jurídico cuasinegocial, ya que, frente a las declaraciones de voluntad, sus efectos se producen *ex lege* y no todos ellos son queridos por el deudor, y frente a los actos no semejantes a negocios o reales, se le aplican analógicamente por un lado las normas sobre capacidad negocial y por otro las normas sobre recepción de las declaraciones de voluntad recepticias. Analiza a continuación los dos elementos necesarios del ofrecimiento de pago: la disposición a cumplir, que supone la realización por el deudor de la actividad conducente al cumplimiento hasta donde puede llegar sin la colaboración del acreedor; y la manifestación al acreedor de tal disposición. Dedicamos unas páginas a diferenciar las figuras del ofrecimiento, la oferta y la promesa de pago.

En los epígrafes posteriores estudia cómo ha de llevarse a cabo el ofrecimiento para que tenga validez. Tradicionalmente se ha distinguido entre ofrecimiento real, que conlleva la exhibición de la cosa debida al acreedor, y ofrecimiento verbal, que es la mera expresión de palabra de la disposición a cumplir. Así, en el *Ius Commune* la regla general era el ofrecimiento real, si bien admitía excepciones en función del objeto de la prestación, y algo similar sucede en el derecho francés actual. Otros ordenamientos, como el italiano o el alemán establecen diversos tipos de ofrecimiento según el objeto de la prestación. No hay en nuestro Código Civil una regulación detallada al respecto, razón que ha permitido la apertura de un debate doctrinal sobre el particular. El autor sostiene que el ofrecimiento de pago es un concepto jurídico indeterminado que ha de apreciarse en cada supuesto concreto en función del modelo prestacional, de cuál sea la colaboración debida por el acreedor y de si éste ha inadmitido anticipadamente el pago. Concluye finalmente que, no exigiéndose en nuestro ordenamiento ninguna especial formalidad para ofrecer, no tiene sentido en España el ofrecimiento amistoso que sí es preceptivo en los ordenamientos donde el ofrecimiento es formal.

Culmina este segundo capítulo con el tratamiento de la inadmisión por el acreedor del pago ofrecido, que es lo que concede virtualidad al ofrecimiento siempre que carezca de justa causa, entendida como razón jurídica. Dos son los fundamentos que permiten rechazar justamente el pago: no cumplir conforme a la prestación designada en el título obligacional y quebrantar las exigencias de la buena fe. La inadmisión justificada elimina la eficacia del pago y del ofrecimiento. La admisión del cumplimiento diluye el ofrecimiento en el pago mismo.

El capítulo tercero estudia los requisitos del ofrecimiento, que básicamente coinciden con los del pago, tal y como se deduce del artículo 1177.2 CC y de los precedentes de éste, pues el ofrecimiento no es otra cosa que un intento de pago

infructuoso. Comienza por los requisitos subjetivos. Analiza así el autor la legitimación para ofrecer, que corresponde al deudor y sus representantes legales o voluntarios –salvo prestaciones personalísimas–, dedicando una especial atención al ofrecimiento por un tercero, que él estima eficaz excepto en los casos de prestaciones personalísimas o en que suponga una modificación del diseño prestacional que implique un plus de colaboración para el acreedor. Igualmente trata el tema del destinatario del ofrecimiento, sosteniendo que básicamente todos los posibles destinatarios del pago efectivo pueden serlo también del ofrecimiento, con singular referencia al supuesto problemático de ofrecimiento a un acreedor aparente.

Requisito importante es el de la integridad del ofrecimiento, que debe abarcar la totalidad de la prestación, que ha de ser líquida, así como los intereses vencidos, frutos y similares. Caben ofrecimientos parciales cuando se pactó la posibilidad de pagos parciales. Advierte el autor que, si bien en principio el ofrecimiento de una cantidad superior o inferior a la debida es inválido, tal regla es matizable y habrá que analizar su validez en función de las circunstancias del caso y los postulados del principio de la buena fe. En relación con la iliquidez de la deuda, estima que no es posible ofrecer cuando ésta es total, pero siendo parcial, sí cabe el ofrecimiento de la parte líquida siempre que se manifieste la disposición a cumplir el resto –manifestación que se produce presentando demanda judicial por la que se solicite la total liquidación de la deuda–. El ofrecimiento ha de ser incondicional, si bien se admite el ofrecimiento sometido a condición intrínseca, es decir, derivada de la propia relación obligatoria. Es igualmente necesario que la deuda sea exigible, salvo término establecido en beneficio del deudor. No se exige ningún requisito formal para ofrecer; será una cuestión de prueba del mismo, prueba que incumbe al deudor.

Los últimos epígrafes de este capítulo se centran en el lugar y tiempo del ofrecimiento. El lugar de ofrecimiento es el lugar de pago. Las dudas se plantean en relación con la aplicación o no del tercer criterio de localización espacial del pago del artículo 1171 CC para el caso de falta de especificación del lugar de pago. El profesor Vaquer Aloy considera que la exteriorización de la disposición a cumplir ha de llegar a la esfera del acreedor, pero el conjunto del ofrecimiento se habrá de realizar en el lugar más acorde con la finalidad institucional de esta figura y con el concreto diseño de la prestación. En cuanto al tiempo, se puede ofrecer mientras es posible cumplir, lo que ocurre incluso una vez transcurrido el término pactado, siempre que éste no sea esencial, si bien entonces habrán de modificarse los parámetros de la integridad de la prestación con los intereses moratorios.

El último capítulo se dedica a los efectos del ofrecimiento de pago. En relación con el cumplimiento de la obligación, advierte el autor que el ofrecimiento no es un pago, de manera que el deudor no se libera ofreciendo meramente. Para ello requeriría la posterior consignación. Sin embargo, sí anticipa algunos efectos del pago en beneficio del deudor. Así, el ofrecimiento puede impedir que el acreedor realice la prenda que garantiza la obligación, hace inexibles las cláusulas penales y evita la tacha de incumplimiento –lo que tiene relevancia a efectos de los artículos 1124 y 1504 CC, por ejemplo–, siempre por vía de excepción. El ofrecimiento también evita el surgimiento de la mora del deudor así como purga la mora preexistente. Sin embargo, no detiene el devengo de intereses convencionales, que se fundan en la contraprestación al goce de un capital ajeno, de modo que sólo la desposesión de ese capital –por vía de la consignación– los cesa. Constituye igualmente en mora al acreedor, con el consiguiente desplazamiento de los riesgos de pérdida de la cosa debida, ya sea cosa específica o gené-

rica. El ofrecimiento es finalmente la fase inicial y necesaria como regla del proceso de consignación, únicamente excepcionalmente en los supuestos del artículo 1176.2 CC, en vista de la imposibilidad de ofrecer válidamente en tales casos que, de este modo, queda superada, tutelando así la facultad de liberarse del deudor. Culmina la obra con una referencia a otros efectos tales como la interrupción de la prescripción y la renuncia tácita a la prescripción ganada —en atención al efecto de reconocimiento de deuda que conlleva el ofrecimiento hecho por el deudor, efecto que no se produce cuando ofrece un tercero contra la voluntad del deudor o desconociéndolo éste—, la concentración en las obligaciones alternativas y especificación en las genéricas —con las matizaciones anteriores en el caso de que ofrezca un tercero— y la imputación de los gastos del ofrecimiento.

En definitiva, se trata de una monografía que ofrece una visión completa del ofrecimiento de pago como institución jurídica autónoma, producto de un importante esfuerzo de sistematización, ya que no existe una regulación unitaria en nuestro ordenamiento de la figura, radicando fundamentalmente en esto su mérito y su interés.

ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO

**VERDERA SERVER, Rafael: *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, 182 pp.**

Esta interesante monografía versa sobre la institución de la subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de vivienda. Es ésta, quizás, la institución más característica del arrendamiento de vivienda bajo la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, junto a la prórroga forzosa, y ha sido mantenida por el legislador en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, pese a descansar ésta en una nueva filosofía legal, planteándose por ello, una rica problemática.

Dentro de tal contexto, el propósito del autor, como nos explica en la introducción, es «... analizar hasta qué punto el mantenimiento formal de la institución de la subrogación *mortis causa* se corresponde con una conservación real del contenido de la misma, esto es, en qué medida la mutación del contexto en que se inserta la subrogación no condiciona de manera decisiva su trascendencia material». Por ello, al utilizar la abundante jurisprudencia derivada de la regulación de 1964, en ningún momento hay una trasposición mecánica de sus criterios, sino que el autor valora hasta qué punto se mantienen las circunstancias que propiciaron su formulación.

Esta monografía ha tenido una génesis particular pues, en un principio, estaba destinada a una obra conjunta sobre la entonces reciente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. El retraso en la publicación de aquella obra colectiva permitió el desarrollo y enriquecimiento de este estudio al que pudieron incorporarse los comentarios que la Ley de 1994 iba suscitando, así como aportes surgidos en el Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, en el cual se expusieron algunos aspectos del trabajo de Verdera. Finalmente, el tiempo transcurrido ha hecho alcanzar a la obra una dimensión y profundidad que permitió su publicación separada como monografía.

El libro se estructura en dos partes de desigual extensión. La primera, más larga, se dedica al estudio sistemático del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en el cual se recoge la regulación de la subrogación *mortis causa*,

mientras la segunda analiza el régimen de la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

La primera parte, dividida en cuatro capítulos, comienza con el planteamiento general de la cuestión partiendo de la estructura y contenido del artículo 16 en el que, junto a aspectos de la anterior normativa, aparecen novedades. A continuación, en concordancia con el propósito de su obra, el autor analiza la naturaleza jurídica y fundamento de la subrogación, cuestiones éstas que informarán el resto de la obra. Por este motivo, vamos a detenernos un poco en tales cuestiones, adelantando alguna de las conclusiones de Verdera.

Cuestión fundamental es la incidencia de la muerte del arrendatario en la relación arrendaticia de la vivienda. Si se aplicasen los criterios generales del Código Civil sobre transmisibilidad de derechos serían los herederos quienes sustituyeran al arrendatario fallecido. Insiste el autor sobre este punto pues podrían ser innecesarias las especialidades de la subrogación en la nueva normativa. La legislación sobre arrendamientos urbanos lo que viene a establecer, de forma imperativa, en materia de subrogación es la transmisibilidad de los derechos arrendaticios a persona distinta de los herederos. En la legislación anterior que consagraba la prórroga forzosa era perfectamente comprensible que el legislador quisiera excluir la relación arrendaticia del régimen general sucesorio, limitando la subrogación a un marco familiar y reduciendo el número de los mismos. Con la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, al suprimirse la prórroga forzosa y limitarse la duración del arrendamiento, que recupera sus características contractuales, pierde algo de sentido un régimen particular en cuanto a la sucesión arrendaticia.

Busca entonces Verdera la justificación de una norma específica que regule la relación arrendaticia tras la muerte del arrendatario encontrándola en la consideración como principios rectores de la política social y económica tanto del disfrute de la vivienda como de la protección de la familia (arts. 47 y 39 de la Constitución). Pero, como acertadamente sugiere el autor, tal justificación no impide que se pueda sospechar que en el mantenimiento de esta institución haya jugado el arrastre histórico, el miedo a descontentar a los arrendatarios... Otra consecuencia fundamental del cambio de regulación de la subrogación en las Leyes de 1964 y 1994 es que de la primera, doctrina y jurisprudencia habían propugnado una interpretación restrictiva. Esta tendencia no debe presidir la lectura del actual artículo 16: la combinación de la supresión de la prórroga forzosa y este precepto conducen a una situación más favorable al arrendador, distinta de la anterior en la cual nació tal interpretación.

En cuanto al fundamento de la norma, rechazado el carácter hereditario de la subrogación, hay que buscarla en la relación familiar al darse un distinto tratamiento de los requisitos de la subrogación en función de los vínculos familiares. Ahora bien, como aclara Verdera, la noción de familia contemplada por el legislador en esta norma dista mucho del concepto tradicional y no es un valor absoluto, ya que, por ejemplo, se admiten pactos que pueden excluir la subrogación para arrendamientos de cierta duración.

Una vez tratadas estas cuestiones teóricas que informan la solución al conflicto de intereses que se da en la institución de la subrogación, aborda el autor en el capítulo 2, el más extenso de la monografía, los requisitos de ésta. Tales requisitos, que el autor analiza pormenorizadamente son:

- El fallecimiento del arrendatario
- La existencia de posibles beneficiarios de la subrogación. Este aspecto subjetivo de la subrogación exige a su vez el análisis de dos cuestiones: quiénes,

y en qué orden, pueden subrogarse. Se analiza si los familiares a los que se refiere el artículo 16 son sólo los consanguíneos o se incluyen también los afines. Entre los beneficiarios, y en posición privilegiada, se encuentra el cónyuge del arrendatario, planteándose la problemática del tratamiento del matrimonio putativo, del *in articulo mortis*, del divorcio, de la nulidad del matrimonio. Una gran novedad de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 es la inclusión como beneficiario del conviviente *more uxorio* del arrendatario, con independencia de su orientación sexual, dándose relevancia jurídica a la existencia de descendencia común. Su regulación actual puede, según el autor, plantear algún problema de constitucionalidad. Los demás beneficiarios son: los descendientes del arrendatario teniendo en cuenta el sometimiento al tiempo del fallecimiento de éste a su efectiva patria potestad o tutela, sus ascendientes, hermanos, y otros parientes hasta el tercer grado colateral que sufran una minusvalía igual o superior al sesenta y cinco por ciento (poniendo de manifiesto el intento de aprovechar la subrogación como instrumento de política social).

El autor ve en el concepto de «convivencia» con el arrendatario fuente de controversias en orden a determinar la legitimación para acceder a la subrogación, analizando la carga de la prueba, sus caracteres: la ley habla de habitualidad, permanencia...: ¿cuándo se considera rota la convivencia? ¿qué ocurre si se rompe a consecuencia de fuerza mayor? ¿dónde debe haberse desarrollado esa convivencia? El autor sostiene que habrá que tener en cuenta sólo aquella convivencia que haya revestido el carácter de familiar.

Otra cuestión sobre el aspecto subjetivo de la subrogación es el orden de prelación y de preferencia. Tal orden de prelación se establece mediante remisión del apartado segundo del artículo 16 al apartado primero, previéndose la modificación de tales criterios legales a través de dos vías: una negocial, el acuerdo unánime y otra legal relativa a los padres septuagenarios. La posibilidad de modificación por acuerdo unánime es criticada en cuanto su efectividad por el autor, al estar regulada sin tener en cuenta el instituto de la renuncia. En cuanto al orden de preferencia, es analizado por el autor distinguiendo criterios primarios (en caso de descendientes o ascendientes el grado, respecto de los hermanos, el doble vínculo) y subsidiarios: minusvalía igual o superior al sesenta y cinco por ciento, mayores cargas familiares y edad. Tal análisis revela la existencia de lagunas, el problema de qué debe entenderse por mayores cargas familiares...

– Aceptación de la subrogación y notificación al arrendador. Recalca el autor que hay en esta materia una profunda modificación de su régimen en comparación con el régimen anterior: en la filosofía del precepto actual trasluce una preocupación por reforzar la posición del arrendador, ocupándose el autor del análisis del plazo, forma y contenido de la notificación.

En el capítulo 3 de esta primera parte describe el autor las situaciones en las cuales el fallecimiento del arrendatario no determina la subrogación sino la extinción del arrendamiento. Así ocurrirá cuando no existan beneficiarios o por renuncia o no aceptación de éstos. Sin embargo, cuando existan sujetos que puedan subrogarse, el arrendamiento sólo se extingue al cabo de tres meses de la muerte del arrendatario. La regulación del artículo 16.3 es criticada por el autor por no prever todos los posibles supuestos y por su falta de coordinación respecto del acuerdo unánime del artículo 16.2.

Por último, respecto de la primera parte, en el capítulo 4, se estudia la existencia de una pluralidad de pretensiones de subrogación, sin que plantee ésta problemas excepto en cuanto a la responsabilidad frente al arrendador.



Como dijimos, la segunda parte de este libro trata del derecho transitorio que establece la disposición transitoria segunda en sus apartados 4 a 9, respecto del problema de la subrogación *mortis causa* y de la extinción de la relación arrendaticia. Se trata de una cuestión fundamental, ya que se mantiene el instituto de la prórroga forzosa para los contratos celebrados antes del 9 de mayo de 1985, lo que como tan bien explicó el autor condiciona la solución que se da a la subrogación. Las posibilidades que se ofrecían al legislador eran muy amplias, optando éste por la noción de «contenido potencial de derechos» de cada contrato, que el autor analiza, junto a los debates parlamentarios que explican algunas características del texto legal.

La noción de «contenido potencial de derechos» supone, en el pensamiento del legislador, tomar en consideración sólo quién es el arrendatario fallecido: el titular inicial del contrato, el primer o el segundo subrogado.

Los siguientes capítulos de esta segunda parte analizan las tres hipótesis que contempla la ley: el fallecimiento del arrendatario titular inicial del contrato, del arrendatario en primera subrogación (anterior a la entrada en vigor de la ley) y en segunda subrogación. Las soluciones a tales hipótesis contienen diferencias tanto con la normativa de la Ley de 1964 como con la de 1994 y el autor estudia a fondo qué beneficiarios se prevén en cada hipótesis, la duración de la subrogación y la posibilidad de una subrogación ulterior.

Analiza por último el autor una serie de normas heterogéneas y de difícil interpretación sobre el régimen transitorio, normas contenidas en el apartado 9 de la disposición transitoria en cuestión y que versan sobre la convivencia con el arrendatario fallecido, así como sobre procedimiento y orden de prelación.

Termina el volumen una bibliografía, así como un índice de sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencias Territoriales y Provinciales.

Como se ha visto, en la obra se examina muy a fondo el instituto de la subrogación *mortis causa* en los arrendamientos de vivienda, instituto que pone de relieve los intereses en conflicto en una relación arrendaticia. El análisis hecho es, en mi opinión, de interés tanto para un público teórico, universitario, como para un público práctico.

PEDRO ARENAS NAON

# Revistas Españolas

A cargo de ISABEL ARANA DE LA FUENTE

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la Persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos Reales. Derecho Inmobiliario Registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de Sucesiones.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de Sociedades. 3. Contratos mercantiles. 4. Títulos valor, letra de cambio y cheque. 5. Derecho Concursal. III. *Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*.—IV. *Derecho de la Unión Europea*.—V. *Derecho Procesal*.—Abreviaturas.

## DERECHO CIVIL

### INTRODUCCIÓN

CASTÁN VÁZQUEZ, José M.<sup>a</sup>: «La obra de Juan Sala Bañuls y su influencia en el Derecho privado español e iberoamericano», *RDP*, abril 1997, pp. 260 ss.

GALLEGO DEL CAPO, Germán: «Derecho y ciencia», *RCDI*, núm. 639, 1997, pp. 501 ss.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Pluralidad de Ordenamientos en materia agraria», *Actualidad Civil*, núm. 25, 1997, pp. 561 ss.

HIJMA, Jacob, y ZWITSER, Richard: «Aspectos de Derecho patrimonial general en el nuevo Código Civil holandés», *RDP*, mayo 1997, pp. 362 ss.

MARTÍNEZ TAPIA, Ramón: «El pensamiento jurídico de Federico de Castro y Bravo», *Actualidad Civil*, núm. 32, 1997, pp. 725 ss.

RODRÍGUEZ MORATA, Federico: «Sentencia de 17 de abril de 1996: Derecho Civil valenciano: principio de autonomía. Recurso de revisión: competencia jurisdiccional», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 49 ss.

SCHIPANI, Sandro: «El Código Civil español como puente entre el sistema latinoamericano y los códigos europeos: apuntes para una investigación sobre la referencia a los Principios Generales del Derecho», *RDP*, junio 1997, pp. 427 ss.

## DERECHO DE LA PERSONA

- ARROYO URIETA, G.; CORTÉS CASTÁN, J. y Díez GONZÁLEZ, J. A. «Instrumentación genética y manipulación de embriones. Situación jurídica y aspectos bioéticos», *La Ley*, 1996-4, pp. 1206 ss.
- BO JANE, M., y CABALLERO RIBERA, M.: «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?», *La Ley*, 1996-6, pp. 1485 ss.
- CABRERA MERCADO, Rafael: «Sobre la incapacidad de obrar civil y procesal y su prueba en el juicio de menor cuantía. Comentario crítico a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de enero de 1995», *La Ley*, 1996-4, pp. 1323 ss.
- CAMPO PAVÓN, David: «La titularidad del derecho al honor en las personas jurídicas», *La Ley*, 1996-4, pp. 1257 ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Circulación internacional de datos personales informatizados y la Directiva 95/46/CE», *Actualidad Civil*, núm. 23, 1997, pp. 509 ss.
- CASAS VALLÉS, Ramón: «Sentencia de 3 de octubre de 1996: Derecho a la imagen. Utilización publicitaria inconsentida. Evento deportivo», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 219 ss.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: «Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre el estado civil durante el año 1996», *Actualidad Civil*, núm. 27, 1997, pp. 585 ss.
- ESCUADERO LUCAS, José Luis: «La protección del menor por la Entidad pública», *RGD*, octubre-noviembre 1997, pp. 12099 ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Bernardo: «Tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares en el Ordenamiento Comunitario: la responsabilidad del Estado por violaciones del Derecho Comunitario. A propósito de la STJCE de 5 de marzo de 1996», *La Ley*, 1996-3, pp. 1405 ss.
- GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «Panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *Actualidad Civil*, núm. 34, pp. 805 ss.
- GERPE LANDÍN, Manuel i altres: «El conflicte entre la llibertat d'informació i el dret a l'honor en la doctrina del Tribunal Constitucional» (I) y (II), *RJC*, 1997, núm. 2, pp. 431 ss. y núm. 3, pp. 751 ss.
- GIL IBÁÑEZ, José Luis: «La adquisición de la nacionalidad española por residencia en las sentencias de la Audiencia Nacional», *La Ley*, 1996-6, pp. 1469 ss.
- MARCO MOLINA, Juana: «El derecho de autor frente a la sociedad de la información», *RJC*, núm. 2 de 1997, pp. 367 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «La inscripción en el Registro Civil de la tutela *ex lege* y de la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Comentario a la RDGRN de 22 de junio de 1966», *RDP*, julio-agosto 1997, pp. 572 ss.

- MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 30 de diciembre de 1995. Declaración de incapacidad», *RDP*, abril 1997, pp. 322 ss.
- MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz: «La finalidad en la delimitación del derecho subjetivo», *RCDI*, núm. 639, 1997, pp. 599 ss.
- MONTESINOS SÁNCHEZ, Nieves: «Defensor del Pueblo y derechos fundamentales: La libertad religiosa en la Administración», *RGD*, octubre-noviembre 1997, pp. 12141 ss.
- NÚÑEZ MUÑOZ, Carmen: «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, 1996-5, pp. 1483 ss.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor», *La Ley*, 1996-4, pp. 1247 ss.
- PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo: «El internamiento por razón de trastorno psíquico tras la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, 1996-3, pp. 1447 ss.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime: «Comunicación, información y derechos fundamentales», *Poder Judicial*, núm. 41-42, 1996 (I), pp. 297 ss.
- SEGOVIA LÓPEZ, Luis: «Hacia un nuevo concepto de publicidad registral civil», *La Ley*, 1996-5, pp. 1624 ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: «Acercas del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español», *RGD*, abril 1997, pp. 3505 ss.

## PERSONA JURÍDICA

- CAMPO PAVÓN, David: «La titularidad del derecho al honor en las personas jurídicas», *La Ley*, 1996-4, pp. 1257 ss.
- CIVERA GARCÍA, Antonio: «Consideraciones en torno a la nueva Ley de Sociedades Laborales», *RGD*, julio-agosto, 1997, pp. 9181 ss.
- DÍAZ BRITO, Francisco J.: «A propósito de la disposición final primera de *La Ley de Fundaciones y Mecenazgo*», *Actualidad Civil*, núm. 26, 1997, pp. 571 ss.
- LINARES ANDRÉS, Lucía: «La actividad económica de las fundaciones», *RCDI*, núm. 642, 1997, pp. 1625 ss.
- MOZOS, José Luis de los: «El derecho de fundación (artículo 34 de la Constitución)», *La Ley*, 1996-6, pp. 1656 ss.
- SELVA SÁNCHEZ, Luis M.: «Consideraciones críticas acerca de la proposición de Ley de Sociedades Laborales», *La Ley*, 1996-5, pp. 1329 ss.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALBALADEJO, Manuel: «La dación en pago», *CDJ*, 1996-XXVI, pp. 423 ss.
- ALBALADEJO, Manuel: «Donación *mortis causa*, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1473 del Código Civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 25 de julio de 1996», *RDP*, junio 1997, pp. 486 ss.
- ALBALADEJO, Manuel: «La naturaleza real o no del contrato de préstamo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 12 de julio de 1996», *RDP*, julio-agosto 1997, pp. 560 ss.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus J.: «El pago por tercero», *CDJ*, 1996-XXVI, pp. 13 ss.
- ALGARRA PRATS, Esther: «La resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas», *RCDI*, núm. 639, 1997, pp. 303 ss.
- ÁLVAREZ MERINO, Julio, y SOBRINO FERNÁNDEZ, Juan Manuel: «Cuestiones procesales en torno a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *CDJ*, 1996-II, pp. 351 ss.
- ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: «Actuación dañosa de los grupos», *RJC*, núm. 4 de 1997, pp. 975 ss.
- ANTÓN GUIJARRO, Javier: «La extinción de la obligación por compensación en el proceso: excepción o reconvencción», *CDJ*, 1996-XXVI, pp. 687 ss.
- BARRERA COGOLLOS, José Luis: «Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Aspectos generales. Ámbito de aplicación. Arrendamientos excluidos», *CDJ*, 1996-II, pp. 127 ss.
- BORONAT TORMO, Margarita: «Cuestiones que suscitan los arrendamientos de viviendas concertados con anterioridad al 9 de mayo de 1985. Análisis de la disposición transitoria segunda», *CDJ*, 1996-II, pp. 157 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «La indemnización debida por los daños causados en estado de necesidad», *RDP*, junio 1997, pp. 457 ss.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Sentencia de 17 de septiembre de 1996: Responsabilidad por vicios que determinan la ruina de la obra inmobiliaria cuando ha transcurrido el plazo de diez años. Plazos de garantía y de prescripción. Equiparación del promotor al contratista», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 153 ss.
- CALZADA CONDE, M.<sup>a</sup> Ángeles: «La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 LCS», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 85 ss.
- CARRETERO GARCÍA, Ana: «Sentencia de 27 de marzo de 1996: Reclamación de cantidad y resolución de contrato de arrendamiento rústico. Destinatario de las subvenciones comunitarias de ovino. Pacto verbal de renuncia por parte del arrendatario», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 17 ss.

- CASAS VALLÉS, Ramón, y MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «Venta, estabilidad de los arrendamientos urbanos y Registro», *RJC*, núm. 2 de 1997, pp. 341 ss.
- CASTRO FELICIANO, Antonio Juan: «El seguro de accidentes», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 193 ss.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: «El pago a tercero: especial referencia al acreedor aparente: el artículo 1164 del Código Civil», *CDJ*, 1996-XXVI, pp. 93 ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Sentencia de 3 de octubre de 1996: responsabilidad por ruina. Ejecución material defectuosa no imputable al arquitecto director. Concepto de promotor: tercero con poder irrevocable para promover otorgado por la comunidad civil formada por iniciativa suya», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 229 ss.
- CORRAL DUEÑAS, Francisco: «Ayer y hoy del crédito agrícola», *RCDI*, núm. 640, 1997, pp. 961 ss.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Los orígenes de la vía subrogatoria», *RCDI*, núm. 639, 1997, pp. 561 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «Sentencia de 25 de julio de 1996: donación *inter vivos* y *mortis causa*. Venta posterior. Nulidad. Tercero hipotecario. Aplicación del artículo 34 LH y 1473 CC», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 109 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «Algunas cuestiones acerca de la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados al amparo de la nueva LAU», *RDP*, abril 1997, pp. 293 ss.
- DÍAZ MÉNDEZ, Nicolás: «El seguro en relación con la circulación de vehículos a motor», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 109 ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente (Una duda acerca de su existencia)», *La Ley*, 1996-5, pp. 1419 ss.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «La cláusula *rebus sic stantibus*», *CDJ*, 1996-XXVI, pp. 669 ss.
- DOMÍNGUEZ-VIGUERA FERNÁNDEZ, Ángela: «Sistema indemnizatorio en la actual Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor», *La Ley*, 1996-3, pp. 1442 ss.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.: «La protección del asegurado en la relación aseguradora», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 245 ss.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «El artículo 32 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Especial consideración de los supuestos de fusión, transformación y escisión de la sociedad arrendataria», *RDP*, septiembre 1997, pp. 607 ss.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «La cuenta corriente bancaria», *RDBB*, núm. 65, 1997, pp. 125 ss.

- ESCARDA DE LA JUSTICIA, Javier, y HOZ SÁNCHEZ, Sonsoles de la: «La imposibilidad sobrevenida de la prestación como causa de extinción de las obligaciones», *CDJ*, 1996-XXVI, pp. 699 ss.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Sentencia de 22 de octubre de 1996: contrato de aparcamiento. Naturaleza jurídica del contrato: contrato atípico. Obligación de vigilancia por parte del titular del aparcamiento», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 267 ss.
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar: «Parejas de hecho y subrogación en el arrendamiento», *RGD*, octubre-noviembre 1997, pp. 12085 ss.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias», *La Ley*, 1996-3, pp. 1450 ss.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», *RCDI*, núm. 639, 1997, pp. 403 ss.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, Ana: «Problemática actual de las garantías personales en el Derecho español», *Actualidad Civil*, núm. 24, 1997, pp. 541 ss.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «Vicisitudes de las obligaciones en los casos de pluralidad de deudores», *CDJ*, 1996-XXVI, pp. 535 ss.
- FONT I SEGURA, Albert, y ORRIOLS, Santiago: «Reflexions entorn a la rescissió per lesió en dret interregional», *RJC*, núm. 3 de 1997, pp. 767 ss.
- FUENTE NORIEGA, M., y FERNÁNDEZ-MIJARES SÁNCHEZ, R.: «El seguro de crédito: el riesgo asegurado y el objeto de la indemnización. Comentario a la SAP Oviedo de 29 de noviembre de 1995», *La Ley*, 1996-4, pp. 1280 ss.
- FUENTES LOJO, Juan V.: «Tratamiento de las rentas en el texto refundido de 1964 y en la Ley 139/1994, de Arrendamientos Urbanos. Revisión y actualización», *CDJ*, 1996-II, pp. 369 ss.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: «La responsabilidad civil del médico andrólogo», *La Ley*, 1996-4, pp. 1315 ss.
- GARCÍA GALLIGO, Francisco Javier: «La extinción del crédito hipotecario», *CDJ*, 1996-XXVI, pp. 177 ss.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Antonio: «La ejecución forzosa en forma específica de la obligación incumplida de dar, hacer y no hacer», *CDJ*, 1996-XXVI, pp. 311 ss.
- GARCÍA SOLÉ, Fernando: «La nueva Ley de Crédito al Consumo y la financiación de ventas a plazos», *La Ley*, 1996-3, pp. 1312 ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «Sentencia de 29 de julio de 1996: Precontrato (promesa bilateral) de compraventa de bien inmueble. ¿La aportación de tal bien a una sociedad controlada por el que prometió venderlo constituye o no incumplimiento del precontrato o del contrato de compraventa? Levantamiento del velo. Justificación o no y significado de la negativa de la otra parte a “celebrar el contrato de compraventa definitivo”. ¿Hace falta un nuevo acuerdo para poder exigir el cumplimiento del contrato proyectado?», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 129 ss.

- GÓMEZ CALLE, Esther: «Sentencia de 10 de diciembre de 1996: responsabilidad civil extracontractual derivada de actos dañosos de alumnos menores de edad de centros docentes. Exoneración de los padres», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 385 ss.
- JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo: «Los “defectos” de la Ley 22/1994, en materia de responsabilidad civil por daños por productos defectuosos», *La Ley*, 1996-4, pp. 1358 ss.
- LAMO RUBIO, Jaime de: «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», *RGD*, octubre-noviembre 1997, pp. 12117 ss.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: «Responsabilidad civil por daños causados por animales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 13 de febrero de 1993», *RDP*, septiembre 1997, pp. 638 ss.
- LOIS PUENTE, José Manuel: «Anticipación unilateral del vencimiento y procedimiento ejecutivo», *La Ley*, 1996-5, pp. 1566 ss.
- LÓPEZ CABANA, Roberto M.: «Instrumentos de defensa de la vulnerabilidad jurídica», *RDP*, septiembre 1997, pp. 595 ss.
- MAPELLI, Enrique: «El retorno del viajero a cargo de la compañía aérea», *RGD*, junio 1997, pp. 7403 ss.
- MARINA MARTÍNEZ PARDO, Jesús: «Juicios arrendaticios», *CDJ*, 1996-II, pp. 269 ss.
- MARTÍNEZ DE AGRUIRRE, Carlos: «En torno a la regulación de la responsabilidad contractual en el Fuero Nuevo», *RJNav.*, núm. 21, 1996, pp. 9 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Sentencia de 4 de diciembre de 1996: Competencia por inhibitoria. Directivas comunitarias: efecto directo. Cláusulas abusivas: sumisión a fuero», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 365 ss.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Sentencia de 28 de septiembre de 1996: Error en el consentimiento acerca de las cualidades del objeto. Anulabilidad del contrato de compraventa de un terreno vendido como solar con fines industriales y que no reúne esa cualidad. Efectos de la anulabilidad», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 199 ss.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «La inconstitucionalidad del artículo 38-2 párrafo 1.º de la Ley de Transportes Terrestres: en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre, BOE 28 de diciembre», *Actualidad Civil*, núm. 28, 1997, pp. 623 ss.
- MARTÍNEZ MIGUEZ, Manuel M.ª: «Notas sobre el seguro de responsabilidad civil, de suscripción obligatoria, en la circulación de vehículos», *La Ley*, 1996-5, pp. 1428 ss.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: «Los intereses en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (Análisis de su disposición adicional sexta. Reforma del artículo 20 de la Ley 50/1980)», *La Ley*, 1996-5, pp. 1393 ss.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: «La condición suspensiva o la reserva de dominio en las compraventas. Sus secuelas fiscales», *La Ley*, 1996-5, pp. 1495 ss.



- MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «Los derechos de adquisición preferente en la nueva L.A.U.», *CDJ*, 1996-II, pp. 227 ss.
- MORENO QUESADA, Luis: «La protección del crédito en las garantías reales mobiliarias», *RDP*, abril 1997, pp. 251 ss.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Sentencia de 4 de noviembre de 1996: acumulación de acciones. Litisconsorcio. Rescisión por fraude de acreedores. Caducidad. Interrupción de la caducidad. Simulación absoluta. Efectos civiles de los pronunciamientos penales», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 299 ss.
- PALA LAGUNA, Emilio: «Embargos judiciales de cuentas y otras posiciones de clientes de entidades bancarias», *La Ley*, 1996-5, pp. 1439 ss.
- PARA MARTÍN, Antonio: «Arrendos de locales de negocio sometidos al régimen del RDL 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica. Los arrendamientos para uso distinto de vivienda», *CDJ*, 1996-II, pp. 15 ss.
- PARA MARTÍN, Antonio: «La exclusión de los derechos de tanteo y retracto en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *Actualidad Civil*, núm. 15, 1997, pp. 331 ss.
- PEINADO GRACIA, Juan Igancio: «El pretendido “Derecho de los consumidores” y el sistema», *RDM*, núm. 224, 1997, pp. 797 ss.
- PERALES VISCASILLAS, M.<sup>a</sup> Pilar: «La batalla de los formularios en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: una comparación con la Sección 2-207 UCC y los principios de UNIDROIT», *La Ley*, 1996-6, pp. 1490 ss.
- PIQUERAS VALLS, Juan: «Viviendas arrendadas al amparo del RDL. 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica», *CDJ*, 1996-II, pp. 307 ss.
- POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «El artículo 1279 del Código Civil como clave para la comprensión del régimen formal de nuestro sistema contractual. Revisión crítica de sus posibles interpretaciones», *Actualidad Civil*, núm. 30, 1997, pp. 665 ss.
- PUEBLA POVEDANO, Antonio: «Contratos de arrendamiento de local de negocios celebrados antes del 9 de mayo de 1985. Análisis de la disposición transitoria tercera», *CDJ*, 1996-II, pp. 1981 ss.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Corona: «La fusión de sociedades como supuesto de hecho determinante de la elevación de la renta arrendaticia», *RCDI*, núm. 640, 1997, pp. 889 ss.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás: «La responsabilidad del Estado legislador por daños a particulares generados por la violación del Derecho Comunitario (Sentencia del TJCE de 5 de marzo de 1996)», *La Ley*, 1996-4, pp. 1244 ss.
- RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel: «Las cláusulas abusivas en el préstamo y créditos bancarios», *La Ley*, 1996-6, pp. 1526 ss.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Sentencia de 3 de diciembre de 1996: venta en garantía. Retracto arrendaticio urbano», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 353 ss.

- ROBLES VELASCO, Luis Mariano: «Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria: el problema de la pluralidad de créditos en el Derecho griego antiguo», *RCDI*, núm. 640, 1997, pp. 775 ss.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ DEL REAL, Concepción: «La subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de vivienda», *CDJ*, 1996-II, pp. 295 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El Derecho español ante la relación médico-paciente (Deber de información y consentimiento)», *La Ley*, 1996-4, pp. 1251 ss.
- RUBIO GÓMEZ-CAMINERO, José Manuel: «Acerca de la retroactividad de la Ley 30/1995», *La Ley*, 1996-3, pp. 1292 ss.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.<sup>a</sup> Belén: «La forma en la modificación y extinción convencional de las relaciones obligatorias», *Actualidad Civil*, núm. 23, 1997, pp. 489 ss.
- SALVADOR CRESPO, J. Ignacio: «La responsabilidad del arquitecto en la construcción. Estado de la cuestión», *La Ley*, 1996-6, pp. 1472 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Mora del asegurador», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 327 ss.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Sentencia de 2 de diciembre de 1996: responsabilidad civil médica. Carga de la prueba. Presunción de culpa», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 341 ss.
- SÁNCHEZ HERRERO, José Ramón: «Comentario a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *La Ley*, 1996-4, pp. 1147 ss.
- SANTOS BRIZ, Jaime: «La responsabilidad por hecho ajeno. Su proyección en la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y en el nuevo Código Penal», *RDP*, mayo 1997, pp. 339 ss.
- SARAZA JIMENA, Rafael: «Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro», *Actualidad Civil*, núm. 33, 1997, pp. 773 ss.
- SEGUÍ PUNTAS, Jordi: «La condonación de la deuda», *CDJ*, 1996-XXVI, pp. 473 ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> Eugenia: «El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario», *RCDI*, núm. 642, 1997, pp. 1667 ss.
- SOTO NIETO, Francisco: «Responsabilidad civil del personal sanitario y de los centros hospitalarios públicos dentro y fuera del proceso penal», *La Ley*, 1996-4, pp. 1284 ss.
- TERRASA GARCÍA, Antonio José: «Embriaguez y seguro obligatorio de responsabilidad civil en el ámbito circulatorio», *La Ley*, 1996-5, pp. 1362 ss.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier: «El seguro de vida», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 159 ss.
- TRASENDE CALVO, Julio J.: «El arbitraje de consumo. Objeto y exclusiones. El arbitraje de arrendamientos urbanos y el de transporte», *Actualidad Civil*, núm. 37, 1997, pp. 951 ss.
- TRIGO GARCÍA, Belén: «La nueva Ley portuguesa de Defensa de los Consumidores», *Actualidad Civil*, núm. 20, 1997, pp. 453 ss.

VALLS LLORET, José Domingo: «Sentencia de 12 de julio de 1996: invalidez, por carácter abusivo, de cláusula de sumisión expresa en contrato de adhesión», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 85 ss.

VERGER GARAU, Joan: «Els arrendaments urbans en relació amb tercers. Els articles 13, 14 i 29 de la Llei 29/1994», *RJC*, núm. 3 de 1997, pp. 715 ss.

## DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo: «Sentencia de 22 de enero de 1996: Legitimación para recurrir; buena fe procesal; doctrina de los actos propios; interés jurídico que defender. Incongruencia: motivo de casación en el 1692.3.1 LEC. Procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH; nulidad de actuaciones; proceso declarativo ordinario del artículo 132 LH; legitimación del tercero perjudicado; falta de legitimación pasiva del Registrador: sobreseimiento», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 17 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia del TSJ de Navarra de 4 de noviembre de 1996: Propiedad intelectual: Infracción de derechos de explotación de artistas y productores de fonogramas, y de derecho moral de artistas, por utilización de fonograma para banda sonora de videograma; cuantía litigiosa y acceso a la casación; representación procesal de agrupación sin personalidad; derecho a la tutela judicial efectiva; litisconsorcio pasivo necesario; prueba documental, pericial y de confesión; carga de la prueba; admisión y denegación de un medio de prueba», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 311 ss.

BUSTO LAGO, José Manuel: «La tutela aquiliana de la situación posesoria», *Actualidad Civil*, núm. 17, 1997, pp. 369 ss.

CARRASCO PERERA, Ángel: «Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996: Inscripción de escritura de segregación y permuta de solar por pisos futuros. Adquisición de la propiedad de los pisos. Modo de acceso al Registro del derecho del cedente del solar», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 61 ss.

GARCÍA GARCÍA, Manuel: «El principio hipotecario de usucapión “secundum tabulas”», *RCDI*, núm. 642, 1997, pp. 1711 ss.

GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, Manuel: «La referencia catastral en los documentos inscribibles», *RCDI*, núm. 641, 1997, pp. 1365 ss.

LLOPIS GINER, Juan Manuel: «Indicaciones sobre el plazo en la hipoteca, su relación con la Ley de Subrogación y Novación de 1994», *RGD*, abril 1997, pp. 4077 ss.

MARCO DE LA HOZ, Álvaro: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 26 de febrero de 1996, núm. 132. Necesidad o no de acuerdo unánime de la Junta de Propietarios para la supresión del servicio de portería», *RDP*, mayo de 1997, pp. 395 ss.

MARCO MOLINA, Juana: «El derecho de autor frente a la sociedad de la información», *RJC*, núm. 2 de 1997, pp. 367 ss.

- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad», *RCDI*, núm. 641, 1997, pp. 1255 ss.
- MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano: «Reflexiones sobre algunos aspectos del artículo 9.5.º de la LPH», *RDP*, mayo 1997, pp. 351 ss.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Eduardo José: «Relaciones Catastro-Registro», *RCDI*, núm. 641, 1997, pp. 1379 ss.
- MASSAGUER, J., y SALELLES, J. R.: «El derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas», *RGD*, septiembre 1997, pp. 10927 ss.
- MERCADAL VIDEAL, Francisco: «Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 1996: Hipoteca constituida por persona física en garantía de una "obligación hipotecaria al portador". Ausencia de los requisitos propios de las obligaciones; ausencia de los requisitos propios de los títulos cambiarios; improcedencia de la inscripción de la hipoteca en atención al principio de especialidad y al carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado. Legitimación del Notario recurrente cuando, tramitándose el recurso, queda acreditado que el título controvertido no podrá ser inscrito al haber resuelto las partes otorgantes el negocio jurídico que en él se documentaba», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 143 ss.
- MORENO QUESADA, Luis: «La protección del crédito en las garantías reales mobiliarias», *RDP*, abril 1997, pp. 251 ss.
- DE LOS MOZOS, José Luis: «Hacia un concepto de explotación agrícola (marginales a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias)», *RCDI*, núm. 641, 1997, pp. 1345 ss.
- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: «Sentencia de 20 de diciembre de 1996: Propiedad horizontal: carácter común de lo no titulado como privativo; representación del presidente. Nulidad de contrato de compraventa: legitimación activa; litisconsorcio pasivo. Actos propios», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 415 ss.
- ORTEGA LLORCA, Vicente: «Presente y futuro de la adopción de acuerdos por la Junta de Propietarios», *RGD*, septiembre 1997, pp. 10353 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino R.: «La transmisión de la propiedad por el propietario no poseedor. Defensa del artículo 36 de la Ley Hipotecaria», *La Ley*, 1996-5, pp. 1400 ss.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «La hipoteca de propiedad intelectual», *RCDI*, núm. 642, 1997, pp. 1747 ss.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Corona: «El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos», *RCDI*, núm. 641, 1997, pp. 1315 ss.
- ROBLES VELASCO, Luis Mariano: «Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria: el problema de la pluralidad de créditos en el Derecho griego antiguo», *RCDI*, núm. 640, 1997, pp. 775 ss.
- RODRÍGUEZ TOQUERO y RAMOS, P.: «Propiedad intelectual: marco jurídico y organizativo en España», *Poder Judicial*, núm. 43-44, 1996 (II), pp. 11 ss.

## DERECHO DE FAMILIA

- BONET NAVARRO, José: «Al voltant de l'oposició del deutor basada en la falta de citació a executiu», *RJC*, núm. 4 de 1997, pp. 1035 ss.
- CUTILLAS TORNS, José M.<sup>a</sup>: «Las diligencias para mejor proveer en los procesos no dispositivos. Referencia especial a los procesos sobre paternidad y filiación», *RGD*, octubre-noviembre 1997, p. 12063
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan: «L'acció de repetició contra el deutor dels aliments. Solidaritat familiar i prestacions assistencials públiques», *RJC*, núm. 3 de 1997, pp. 617 ss.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Íñigo: «La condición, el término y el modo en el consentimiento matrimonial. Estudio del artículo 45 del Código Civil», *La Ley*, 1996-5, pp. 1507 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Begoña: «La impugnación del reconocimiento de hijo extramatrimonial», *La Ley*, 1996-5, pp. 1553 ss.
- FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique: «Resolución de la DGRN de 18 de julio de 1996: Inscripción de matrimonio entre un nacional español y una nacional cubana celebrado en Cuba por la competente autoridad civil cubana. Sospecha de simulación en el consentimiento matrimonial. Denegación de la inscripción en el Registro consular español en La Habana», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 99 ss.
- FRUTOS VIRSEDA, Francisco Javier: «Uniones no matrimoniales. Procedimiento a seguir», *La Ley*, 1996-5, pp. 1374 ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Sentencia de 16 de diciembre de 1996: Unión de hecho *more uxorio*. La promesa de matrimonio no sirve de fundamento al resarcimiento de los daños y perjuicios. Aplicación del artículo 1902. Exclusión de daños morales. Atribución temporal al uso de la vivienda familiar al miembro de la pareja no titular de la misma», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 401 ss.
- MARCHAL ESCALONA, Nuria: «Matrimonio religioso y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *La Ley*, 1996-6, pp. 1589 ss.
- MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: «Sentencia de 23 de septiembre de 1996: Extinción de la pensión de alimentos concedida en separación matrimonial; distinción de la pensión compensatoria; excepción de cosa juzgada. Alimentos de los hijos mayores de edad. Litis consorcio pasivo necesario», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 167 ss.
- MARTÍN NÁJERA, Soledad: «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación», *Actualidad Civil*, núm. 31, 1997, pp. 685 ss.
- MORA MATEO, José Enrique: «Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones», *RGD*, septiembre 1997, pp. 10317 ss.
- ONECHA Y SANTAMARÍA, Carlos: «El deber de convivencia de los cónyuges», *RGD*, junio 1997, pp. 6863 ss.

- OTEROS FERNÁNDEZ, Manuel: «La extensión de la cosa juzgada material al hijo en las acciones de reclamación de filiación», *La Ley*, 1996-5, pp. 1601 ss.
- POU DE AVILÉS, Josep M.<sup>a</sup>: «La investigació de la paternitat. Les proves biològiques i la negativa a sometre's-hi», *RJC*, núm. 2 de 1997, pp. 411 ss.
- POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *RCDI*, núm. 640, 1997, pp. 799 ss.
- REYES GALLUR, Juan José: «La eficacia civil de la sentencia de nulidad canónica y su relación con el proceso de divorcio», *La Ley*, 1996-5, pp. 1548 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: «Sentencia de 11 de junio de 1996: Relaciones personales de abuelos y nietos sujetos a la custodia de la madre. Derecho del menor a ser oído», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 75 ss.
- SALVADOR IDRACH, Vicente: «Gestación por sustitución: inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre», *RGD*, mayo 1997, pp. 5175 ss.
- SEJAS QUINTANA, José Antonio: «Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas», *Actualidad Civil*, núm. 29, 1997, pp. 637 ss.
- SILVA-RUIZ, Pedro F.: «Regímenes económicos matrimoniales en Puerto Rico», *RDP*, julio-agosto 1997, pp. 536 ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: «Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español», *RGD*, abril 1997, pp. 3505 ss.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco: «Consideraciones sobre la especialidad procesal de los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica», *La Ley*, 1996-4, pp. 473 ss.

## DERECHO DE SUCESIONES

- ALBALADEJO, Manuel: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 30 de enero de 1997. Error en el nombre o apellidos de los instituidos», *RDP*, mayo 1997, pp. 379 ss.
- ALBALADEJO, Manuel: «Es mejora presunta, y se mantiene como tal, la donación que, aun no hecha como mejora, exceda, y en lo que exceda, de la legítima estricta del donatario y de la parte libre juntas», *RDP*, julio-agosto 1997, pp. 515 ss.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «La mejora del nieto», *Actualidad Civil*, núm. 36, 1997, pp. 937 ss.

- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Sentencia de 12 de julio de 1996: Aceptación tácita de la herencia. Actos de trascendencia patrimonial: pago de deudas contra el caudal hereditario y cesación y cierre de la empresa del causante», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 91 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Llamamiento abintestato del cónyuge separado de hecho», *La Ley*, 1996-6, pp. 1457 ss.
- GARRIDO MELERO, Martín: «La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual», *RCDI*, núm. 639, 1997, pp. 463 ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Los herederos especialmente protegidos. La nueva visión de los herederos legitimarios en el Código civil cubano: algunas interrogantes al respecto», *RDP*, abril 1997, pp. 270 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Análisis y valoración del usufructo universal viudal y la cláusula de opción compensatoria de la legítima», *RCDI*, núm. 642, 1997, pp. 1777 ss.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, Alberto: «El legado Villaescusa», *La Ley*, 1996-5, pp. 1530 ss.

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

- BALLARÍN MARCIAL, Alberto: «La Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias», *La Ley*, 1996-4, pp. 1219 ss.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar: «Seis años de defensa de la competencia en concentraciones de empresas realizadas en la CE», *RDM*, núm. 224, 1997, pp. 887 ss.
- COSTAS COMESAÑA, Julio: «La nueva regulación de las medidas limitativas de la competencia: El Real Decreto-ley 7/1996», *RGD*, mayo 1997, pp. 5679 ss.
- FONCILLAS, Lara: «La marca comunitaria y las lenguas no oficiales», *RGD*, septiembre 1997, pp. 10959 ss.
- GIRGADO, Pablo: «La noción de “control” en la Directiva 94/95/CE sobre el Comité de Empresa Europeo», *RDM*, núm. 224, 1997, pp. 857 ss.
- GONDRA, José M.<sup>a</sup>: «El nombre comercial», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 13 ss.
- HOLTMANN YDOATE, Mónica: «Litispendencia y conexidad de procesos de propiedad industrial planteados ante tribunales de diferentes Estados de la Comunidad Europea», *La Ley*, 1996-4, pp. 1305 ss.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: «El agotamiento del derecho de marca», *RDM*, núm. 223, 1997, pp. 117 ss.

- MORRAL SOLDEVILLA, Ramón: «La compraventa de inmuebles para uso o consumo empresarial (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de noviembre de 1995)», *RDM*, núm. 224, 1997, pp. 777 ss.
- DE LOS MOZOS, José Luis: «Hacia un concepto de explotación agrícola (marginales a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias)», *RCDI*, núm. 641, 1997, pp. 1345 ss.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe, y ROCA SAGARRA, Joan: «Ámbito de aplicación territorial de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *RGD*, mayo 1997, pp. 5659 ss.
- PERALES VISCASILLAS, M.<sup>a</sup> del Pilar: «El derecho uniforme del Comercio Internacional: los principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)», *RDM*, núm. 223, 1997, pp. 221 ss.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio: «Medidas cautelares por competencia desleal. Comentario al auto de 1 de julio de 1996 de la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid», *La Ley*, 1996-6, pp. 1449 ss.
- VAREA SANZ, Mario: «Sentencia de 23 de octubre de 1996: Modelo de utilidad. Excepción de nulidad frente a una demanda por violación del registro. Modelo de utilidad anticipado por una patente alemana depositada en el Fondo Documental de la OEPM», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 279 ss.

## DERECHO DE SOCIEDADES

- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César: «Derecho de sociedades y actualización de balances», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 214 ss.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales *ex* artículo 262.5 y los procedimientos concursales», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 265 ss.
- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «Ámbito subjetivo de la transformación en la legislación cooperativa (algunos aspectos críticos)», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 178 ss.
- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: «La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial», *RGD*, septiembre 1997, pp. 10379 ss.
- BARBE CAPDEVILA, Consuelo: «Operaciones societarias en una SA, SIM cotizada para el reparto máximo posible a los accionistas del haber social antes de iniciar el proceso de disolución-liquidación», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 227 ss.
- BOLDO RODA, Carmen: «Tercería de dominio y sociedad mercantil en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, 1996-4, pp. 1260 ss.
- CANO LÓPEZ, Alfonso: «Reflexiones acerca de un "nuevo" instrumento societario: La Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 194 ss.



- CIVERA GARCÍA, Antonio: «Consideraciones en torno a la nueva Ley de Sociedades Laborales», *RGD*, julio-agosto 1997, pp. 9181 ss.
- CONESA HERNÁNDEZ, Ángel: «Los derechos de la junta general de accionistas frente a las normas de saneamiento bancario. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de marzo de 1996, Asunto C-441/93 Pafitis», *La Ley*, 1996-4, pp. 1310 ss.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «El artículo 32 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Especial consideración de los supuestos de fusión, transformación y escisión de la sociedad arrendataria», *RDP*, septiembre 1997, pp. 607 ss.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «El derecho de oposición de los acreedores ante una operación acordeón (RDGRN 16 de enero 1995)», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 309 ss.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Angel: «La doctrina de las *corporate opportunities* en los Estados Unidos de América», *RDBB*, núm. 66, 1997, pp. 477 ss.  
La doctrina de las «*corporate opportunities*», creada fundamentalmente por la jurisprudencia norteamericana, constituye un remedio judicial frente a determinados supuestos de violación de los deberes de lealtad que incumben a los administradores y directores de sociedades mercantiles. Según esta doctrina, un administrador o director de una sociedad no podrá adquirir o desarrollar personalmente una oportunidad de negocio si se entiende que ésta debe considerarse perteneciente a su sociedad. En otro caso, ninguna objeción podrá hacerse puesto que primaría el principio de libre desarrollo de iniciativas privadas. De lo que se trata pues, en esencia, es de equilibrar el derecho de toda persona a la libre iniciativa económica, con el deber de todo administrador o director de actuar en interés y beneficio de su sociedad.
- GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «Análisis de la disposición transitoria sexta.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativas a la disolución de pleno derecho», *RCDI*, núm. 639, 1997, pp. 359 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «En torno a las asociaciones y la exclusión de socios (STS 2 febrero 1996)», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 325 ss.
- LAMANDINI, Marco: «Notas sobre el control conjunto», *RGD*, julio-agosto, 1996, pp. 8461 ss.
- MARCOS, Francisco: «La auditoría de cuentas en el derecho federal norteamericano. (Especial consideración del problema de la falta de independencia del auditor)», *RDM*, núm. 223, 1997, pp. 149 ss.
- MORERA PÉREZ, Jordi: «La responsabilidad personal de los administradores de sociedades de seguros, tras la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», *La Ley*, 1996-4, pp. 1292 ss.
- NÚÑEZ LOZANO, Pablo Luis: «Sentencia de 25 de septiembre de 1996: Sociedad Anónima: convocatoria de junta general en la que no se hace mención del derecho de los accionistas a obtener de la sociedad de forma inmediata y gratuita, los documentos contables que han de ser sometidos a aprobación; cuentas anuales que no muestran la imagen fiel de la situación patrimonial y de

- los resultados de la sociedad; privación de asistencia a junta general al representante que ostenta poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que la representada tuviere en territorio nacional; limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones al portador tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 y valoración de las acciones al efecto del ejercicio del derecho de tanteo», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 179 ss.
- OLEO BANET, Fernando: «Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de noviembre de 1995. Fusión de sociedades anónimas», *RDP*, mayo de 1997, pp. 385 ss.
- PALA LAGUNA, Reyes: «Algunas cuestiones en torno a las sociedades gestoras de fondos de inversión», *RDBB*, núm. 65, 1997, pp. 75 ss.
- POLO, Eduardo: «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital», *RGD*, julio-agosto, 1997, pp. 9119 ss.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Corona: «La fusión de sociedades como supuesto de hecho determinante de la elevación de la renta arrendaticia», *RCDI*, núm. 640, 1997, pp. 889 ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Los estatutos de la Sociedad Limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 49 ss.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio, y ESTEBAN DE QUESADA, Carmen: «La propuesta de la libertad. Observaciones en torno a una nueva propuesta de decimotercera Directiva en materia de Derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición», *RDBB*, núm. 66, 1997, pp. 401 ss.
- SALELLES CLIMENT, José R.: «Aproximación al Reglamento del Consejo de Administración como norma de organización: el Reglamento del Consejo de Administración de "Telefónica España, Sociedad Anónima"», *RGD*, julio-agosto 1997, pp. 9143 ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M.<sup>a</sup>: «Orden del día, regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales (SAP Cáceres 20 noviembre 1996)», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 287 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «El gobierno de las sociedades cotizadas y su control (A propósito de la presentación de un libro)», *RDBB*, núm. 65, 1997, pp. 223 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La información del socio ante la junta general (Notas en torno al artículo 51 LSRL)», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 119 ss.
- SANZ GARCÍA, Julio: «Emisiones de obligaciones convertibles: 1) Delegación en los administradores de las facultades de acordarlas o de completar los acuerdos. 2) Exclusión del derecho de suscripción preferente», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 272 ss.
- SANZ PARAÍSO, Luis Fernando: «Aumento de capital escalonado, por compensación de créditos y con nuevas aportaciones dinerarias», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 243 ss.
- SELVA SÁNCHEZ, Luis M.: «Consideraciones críticas acerca de la proposición de Ley de Sociedades Laborales», *La Ley*, 1996-5, pp. 1329 ss.

- SELVA SÁNCHEZ, Luis M.: «La reactivación de la sociedad anónima disuelta en la última doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (a propósito de la Resolución de 11 de diciembre de 1996)», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 145 ss.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo: «La fusión y la escisión en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 93 ss.
- TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, Fernando: «La *Green shoe option* y el Derecho español», *RGD*, julio-agosto 1997, pp. 9173 ss.  
Concepto, finalidad y ubicación en el Ordenamiento español de la llamada *Green shoe option*, figura procedente de la compañía estadounidense *The Green Shoe Manufacturing*, en cuya colocación de acciones, realizada en 1963, fue usada por primera vez. La *Green shoe option* es una opción de compra que concede el oferente al Sindicato de Colocación y Aseguramiento (integrado por el conjunto de entidades que, en el marco de la Oferta Pública de Venta de Valores, prestan sus servicios de asesoramiento y colocación) sobre valores iguales que los que son objeto de la oferta, en un número equivalente, por lo general, a su 10 ó 15 por 100. El precio de ejercicio es el de la OPV y el plazo habitual es de un mes. Las decisiones relativas a su ejercicio corresponden a la entidad directora o a la coordinadora global de la OPV, en representación del Sindicato.
- URRAZA ABAD, Jesús: «La adopción de “acuerdos abusivos” como conducta constitutiva del delito societario recogido en el artículo 291 del Código Penal: Acuerdos criminalizados y acuerdos de trascendencia meramente mercantil», *La Ley*, 1996-5, pp. 1452 ss.
- VICENT CHULIA, Francisco: «Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil», *RJC*, núm. 3 de 1997, pp. 655 ss.

## CONTRATOS MERCANTILES

- BATALLER GRAU, Juan: «El seguro de caución en España», *RDM*, núm. 224, 1997, pp. 875 v ss.
- CALZADA CONDE, M.<sup>a</sup> Angeles: «La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 LCS», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 85 ss.
- CASTRO FELICIANO, Antonio Juan: «El seguro de vida», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 159 ss.
- CZAPSKI, Waldemar: «El accidente del “Eurotunnel” bajo el Canal de la Mancha: Indemnización de las pérdidas y averías ocasionadas», *RGD*, junio 1997, pp. 7441 ss.
- DÍAZ MÉNDEZ, Nicolás: «El seguro en relación con la circulación de vehículos a motor», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 109 ss.
- DOMÍNGUEZ-VIGUERA FERNÁNDEZ, Ángela: «Sistema indemnizatorio en la actual Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor», *La Ley*, 1996-3, pp. 1442 ss.

- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.: «La protección del asegurado en la relación aseguradora», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 245 ss.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «La cuenta corriente bancaria», *RDBB*, núm. 65, 1997, pp. 125 ss.
- FUENTE NORIEGA, M., y FERNÁNDEZ-MIJARES SÁNCHEZ, R.: «El seguro de crédito: el riesgo asegurado y el objeto de la indemnización. Comentario a la SAP Oviedo de 29 de noviembre de 1995», *La Ley*, 1996-4, pp. 1280 ss.
- GARCÍA SOLÉ, Fernando: «La nueva Ley de Crédito al Consumo y la financiación de ventas a plazos», *La Ley*, 1996-3, pp. 1312 ss.
- MAPELLI, Enrique: «El retorno del viajero a cargo de la compañía aérea», *RGD*, junio 1997, pp. 7403 ss.
- MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás: «Actividad aseguradora y contrato de seguro», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 13 ss.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> Isabel: «Los gastos de asistencia sanitaria y el seguro en la circulación de vehículos a motor», *RDM*, núm. 223, 1997, pp. 95 ss.
- MARTÍNEZ MÍGUEZ, Manuel M.<sup>a</sup>: «Notas sobre el seguro de responsabilidad civil, de suscripción obligatoria, en la circulación de vehículos», *La Ley*, 1996-5, pp. 1428 ss.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: «Los intereses en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (Análisis de su disposición adicional sexta. Reforma del artículo 20 de la Ley 50/1980)», *La Ley*, 1995-5, pp. 1393 ss.
- MIRA QUILIS, Andrés: «El contrato francés de progreso en el transporte de mercancía», *RGD*, junio 1997, pp. 7449 ss.
- PAZ-ARES, Cándido: «La terminación de los contratos de distribución», *RDM*, núm. 223, 1997, pp. 7 ss.
- QUINTANS EIRAS, M.<sup>a</sup> Rocío: «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley del Contrato de Agencia», *RDBB*, núm. 65, 1997, pp. 9 ss.
- PALA LAGUNA, Emilio: «Embargos judiciales de cuentas y otras posiciones de clientes de entidades bancarias», *La Ley*, 1996-5, pp. 1439 ss.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «El pretendido “Derecho de los consumidores” y el sistema», *RDM*, núm. 224, 1997, pp. 797 ss.
- RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel: «Las cláusulas abusivas en el préstamo y créditos bancarios», *La Ley*, 1996-6, pp. 1526 ss.
- RÍO PASCUAL, Amparo del: «La Convención Unidroit de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre el factoring internacional», *RDM*, núm. 223, 1997, pp. 299 ss.
- RUBIO GÓMEZ-CAMINERO, José Manuel: «Acerca de la retroactividad de la Ley 30/1995», *La Ley*, 1996-3, pp. 1292 ss.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos: «La nueva regulación de los Fondos de Garantía de Depósitos», *RDBB*, núm. 66, 1997, pp. 431 ss.

- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Mora del asegurador», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 327 ss.
- SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo: «El Consorcio de Compensación de Seguros», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 377 ss.
- TERRASA GARCÍA, Antonio José: «Embriaguez y seguro obligatorio de responsabilidad civil en el ámbito circulatorio», *La Ley*, 1996-5, pp. 1362 ss.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier: «El seguro de vida», *CDJ*, 1996-XIX, pp. 159 ss.

### TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- BARTELS, Martín: «La conversión al euro de los títulos valores en euros según el Derecho alemán», *RDBB*, núm. 66, 1997, pp. 533 ss.
- BONET NAVARRO, José: «La “incompetencia de jurisdicción” en el juicio ejecutivo cambiario. Consideraciones y criterios prácticos para su control», *La Ley*, 1996-4, pp. 1267 ss.
- BONET NAVARRO, José: «Tratamiento procesal de la legitimación en el juicio cambiario», *Poder Judicial*, núm. 41-42, 1996 (I), pp. 11 ss.
- CACHÓN BLANCO, Enrique: «Las ofertas públicas de venta de valores negociables», *Actualidad Civil*, núm. 35, 1997, pp. 865 ss.
- EIZAGUIRRE, José-María de: «El sistema de las excepciones frente a la acción cambiaria», *RDM*, núm. 224, 1997, pp. 517 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Gonzalo: «El derecho sancionador del mercado de valores en la Jurisprudencia de los Tribunales contencioso-administrativos (1991-1196)», *RDBB*, núm. 65, 1997, pp. 149 ss.
- MAIRATA LAVIÑA, Jaime: «“Contemplatio domini” y relación causal en la letra de cambio», *RDBB*, núm. 65, 1997, pp. 183 ss.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos: «Desregulación y neoregulación en el mercado de valores», *RDM*, núm. 224, 1997, pp. 709 ss.
- SÁNCHEZ LERMA, Gemma Angélica: «Los instrumentos cambiarios y la defensa de los consumidores; el artículo 12 de la Ley de Crédito al Consumo», *Actualidad Civil*, núm. 16, 1997, pp. 343 ss.

### DERECHO CONCURSAL

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Quiebra versus suspensión de pagos», *RDM*, núm. 223, 1997, pp. 59 ss.
- ALCOVER GARAN, Guillermo: «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales», *RDS*, núm. 8, 1997, pp. 265 ss.

- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra», *RCDI*, núm. 641, 1997, pp. 1407 ss.
- BISBAL MÉNDEZ, Joaquín: «El Derecho Concursal a la luz de la nueva disciplina contable. Anotaciones contables para la práctica de la Ley de Suspensión de Pagos», *CDJ*, 1996-V, pp. 15 ss.
- BLASI PUJOL, R., i CASAGRAN JORDA, M.<sup>a</sup> D.: «Apuntes para la reforma del Derecho Concursal Español», *RJC*, núm. 2 de 1997, pp. 455 ss.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge: «La declaración de la quiebra», *CDJ*, 1996-V, pp. 357 ss.
- FERRER BARRIENDOS, Agustín: «Repercusiones concursales del nuevo Código Penal», *CDJ*, 1996-V, pp. 537 ss.
- MALDONADO RAMOS, Jaime: «Los procedimientos concursales y el recurso de casación», *CDJ*, 1996-V, pp. 517 ss.
- MIGUENS, Héctor José: «La ocupación de las sociedades filiales en la quiebra de la sociedad Barcelona Traction. Lecciones nuevas de un viejo caso concursal de grupos de sociedades en crisis en el derecho español», *RDM*, núm. 223, 1997, pp. 319 ss.
- MIRALLES GÓMEZ, Ana: «La reintegración de la masa de la quiebra y la publicidad registral inmobiliaria», *RDM*, núm. 224, 1997, pp. 589 ss.
- RODRÍGUEZ SAN VICENTE, Miguel María: «La intervención judicial en la suspensión de pagos», *CDJ*, 1996-V, pp. 55 ss.
- SAGRERA TIZÓN, José M.<sup>a</sup>: «Reflexiones respecto de algunos extremos en los expedientes de suspensión de pagos desde su declaración hasta el convenio», *CDJ*, 1996-V, pp. 117 ss.
- SALA REIXACHS, Alberto: «Las causas de impugnación al convenio», *CDJ*, 1996-V, pp. 239 ss.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Operaciones de reintegración de la masa de la quiebra», *CDJ*, 1996-V, pp. 417 ss.
- VILA FLORENSA, Marta: «Hipoteca y retroacción», *CDJ*, 1996-V, pp. 385 ss.

## DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ABEL FABRÉ, Jordi: «Urbanismo, propiedad y competencias autonómicas», *RJC*, núm. 4 de 1997, pp. 1007 ss.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier: «Urbanismo y legislación sectorial», *RDU*, núm. 154, 1997, pp. 121 ss.

- BERTOLO CADENAS, Juan José: «Análisis de la Ley del Suelo de Galicia», *RDU*, núm. 155, 1997, pp. 103 ss.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio: «Lo que queda de la Ley del Suelo de 1992», *RDU*, núm. 153, 1997, pp. 13 ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «Ejecución del planeamiento: Expropiaciones urbanísticas: Implicaciones. Valoraciones», *RDU*, núm. 154, 1997, pp. 11 ss.
- CORRAL GIJÓN, José M.<sup>a</sup>: «La Ley del Suelo ante el Tribunal Constitucional», *RCDI*, núm. 640, 1997, pp. 947 ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Comentarios de aproximación al Proyecto de Ley del Suelo de 1997», *RCDI*, núm. 642, 1997, pp. 1791 ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente (Una duda acerca de su existencia)», *La Ley*, 1996-5, pp. 1419 ss.
- DOMÍNGUEZ VILA, Antonio: «La obtención de equipamientos comunitarios por concertación urbanística. La liberación de expropiaciones», *RDU*, núm. 155, 1997, pp. 39 ss.
- ENERIZ OLAECHEA, Francisco Javier: «Una aproximación a los nuevos delitos medioambientales», *RJNav*, núm. 21, 1996, pp. 91 ss.
- FARIÑA TOJO, José: «La protección de nuestras ciudades históricas. Un análisis de su evolución», *RDU*, núm. 155, 1997, pp. 79 ss.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., y NEVADO MORENO, P. T.: «Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico», *RDU*, núm. 155, 1997, pp. 167 ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «El Anteproyecto de la cuarta Ley del Suelo y la Sentencia del Tribunal Constitucional», *RDU*, núm. 153, 1997, pp. 107 ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «La cuarta Ley del Suelo, ¿para qué?», *RDU*, núm. 155, 1997, pp. 11 ss.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier: «Las técnicas urbanísticas de equidistribución y la doctrina del Tribunal Constitucional. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre el planeamiento adaptado al texto refundido de la Ley del Suelo de 1992», *RDU*, núm. 153, 1997, pp. 73 ss.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, Paulino: «Novedades en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico», *RDU*, núm. 155, 1997, pp. 21 ss. -
- MARTÍNEZ SARANDESES, José: «Precio del suelo y ordenación urbana», *RDU*, núm. 155, 1997, pp. 141 ss.

- MENÉNDEZ REXACHS, Ángel: «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre el régimen del suelo. Comentario crítico de la sentencia de 20 de marzo de 1997», *RDU*, núm. 153, 1997, pp. 35 ss.
- ORTEGA BERNARDO, Julia: «Las licencias urbanísticas», *RDU*, núm. 154, 1997, pp. 69 ss.
- PORTO REY, Enrique: «Comentarios prácticos a la Ley 7/97, de medidas liberalizadoras en materia de suelo, tras la sentencia sobre la LS192», *RDU*, núm. 153, 1997, pp. 129 ss.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del: «Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 1996: Sistema de compensación urbanística. Junta de compensación: propietario único y comunidad proindiviso. Aportación de terrenos de cesión obligatoria. Ocupación directa de terrenos y ejecución subsidiaria por la Administración. Título material y título formal; acceso al Registro de la Propiedad», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 251 ss.
- RUIZ OJEDA, Alberto: «La propiedad privada como fundamento jurídico de la liberalización del suelo», *RDU*, núm. 155, 1997, pp. 153 ss.
- SANZ BOIXAREU, Pedro: «Medidas liberalizadoras en materia de suelo. Real Decreto-ley 5/1996 de 7 de junio», *La Ley*, 1996-5, pp. 1459 ss.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- CERVANTES CERVANTES, María: «Evolución normativa de la liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea», *RJC*, núm. 2 de 1997, pp. 385 ss.
- CONESA HERNÁNDEZ, Ángel: «Los derechos de la junta general de accionistas frente a las normas de saneamiento bancario. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de marzo de 1996, Asunto C-441/93, Pafitis», *La Ley*, 1996-4, pp. 1310 ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Bernardo: «Tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares en el Ordenamiento Comunitario: la responsabilidad del Estado por violaciones del Derecho Comunitario. A propósito de la STJCE de 5 de marzo de 1996», *La Ley*, 1996-3, pp. 1405 ss.
- FONCILLAS, Lara: «La marca comunitaria y las lenguas no oficiales», *RGD*, septiembre 1997, pp. 10959 ss.
- HOLTMANN YDOATE, Mónica: «Litispendencia y conexidad de procesos de propiedad industrial planteados ante tribunales de diferentes Estados de la Comunidad Europea», *La Ley*, 1996-4, pp. 1305 ss.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «Cauces procesales en el Derecho Comunitario. En especial el recurso de casación», *La Ley*, 1996-5, pp. 1584 ss.



## DERECHO PROCESAL

- ÁLVAREZ MERINO, Julio, y SOBRINO FERNÁNDEZ, Juan Manuel: «Cuestiones procesales en torno a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *CDJ*, 1996-II, pp. 351 ss.
- ARBOS LLOVET, Ramón: «Hacia la competencia territorial improrrogable», *Actualidad Civil*, núm. 19, 1997, pp. 431 ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Aurora: «El principio de congruencia en la jurisdicción civil. Una propuesta de futuro», *Actualidad Civil*, núm. 18, 1997, pp. 431 ss.
- BOLDO RODA, Carmen: «Tercería de dominio y sociedad mercantil en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, 1996-4, pp. 1260 ss.
- BONET NAVARRO, José: «La “incompetencia de jurisdicción” en el juicio ejecutivo cambiario», *La Ley*, 1996-4, pp. 1267 ss.
- BONET NAVARRO, José: «Tratamiento procesal de la legitimación en el juicio cambiario», *Poder Judicial*, núm. 41-42, 1996 (I), pp. 11 ss.
- CUTILLAS TORNS, José M.<sup>a</sup>: «Las diligencias para mejor proveer en los procesos no dispositivos. Referencia especial a los procesos sobre paternidad y filiación», *RGD*, octubre-noviembre 1997, pp. 12063 ss.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo: «Consideraciones en torno a una delimitación del concepto y la naturaleza jurídica de la reconvencción en el proceso civil», *Poder Judicial*, núm. 43-44, 1996 (II), pp. 33 ss.
- MALDONADO RAMOS, Jaime: «Los procedimientos concursales y el recurso de casación», *CDJ*, 1996-V, pp. 517 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Antonio: «El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988», *RGD*, junio 1997, pp. 6919 ss.
- MARINA MARTÍNEZ PARDO, Jesús: «Juicios arrendaticios», *CDJ*, 1996-II, pp. 269 ss.
- MARTÍNEZ DEL BURGO Y MARCHÁN, Ángel: «Una visión antidogmática de la sentencia», *RGD*, julio-agosto 1997, pp. 8591 ss.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «Cauces procesales en el Derecho Comunitario. En especial el recurso de casación», *La Ley*, 1996-5, pp. 1584 ss.
- ORTEGA CIFUENTES, José Arturo: «Problemática de los pliegos cerrados en las subastas judiciales», *RGD*, mayo 1997, pp. 5235 ss.
- SÁNCHEZ BELTRÁN, Javier: «Legitimación pasiva en la tercería de dominio», *La Ley*, 1996-4, pp. 1285 ss.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «Los honorarios del letrado en la condena en costas», *La Ley*, 1996-5, pp. 1372 ss.
- VARELA AUTRÁN, Benigno: «El recurso de casación para unificación de doctrina. Su problemática a la luz de la doctrina jurisprudencial», *RGD*, mayo 1997, pp. 5217 ss.

VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, José Pedro: «El artículo 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los juicios verbales», *Poder Judicial*, núm. 41-42, 1996 (I), pp. 41 ss.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco: «Consideraciones sobre la especialidad procesal de los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 21, 1997, pp. 473 ss.

#### ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
DPC	Derecho Privado y Constitución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJNav.	Revista Jurídica de Navarra
RJN	Revista Jurídica del Notariado

#### REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil  
La Ley  
Poder Judicial



# RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE EL ESTADO CIVIL

**ISABEL ARANA DE LA FUENTE**  
Universidad Autónoma de Madrid

## 1. PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO CIVIL

### 1.1 Límites del derecho a consultar directamente los Libros del Registro Civil. Denegación: fines comerciales y didácticos.

Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 1996 (1.ª).

#### HECHOS:

En enero de 1996 la promotora, profesora de Educación Infantil, solicitó del Registro Civil de O. le fuera permitido el examen de los Libros registrales referentes a los nacimientos acaecidos durante los años 1994 y 1995, invocando su labor didáctica y comercial de asesoramiento familiar a las madres.

Con fecha 28 de marzo de 1996 la Juez encargada del Registro Civil de O. dictó auto denegando la solicitud deducida al considerar que no se había probado el interés legítimo exigido por la Ley a estos efectos, sino un mero interés de carácter comercial.

La promotora recurrió el auto denegatorio ante la DGRN significando que lo pedido podría ser alternativamente satisfecho con la expedición de nota simple que contuviera los nombres de los nacidos y de sus progenitores.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 18 y 105 de la Constitución; 8 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación del tratamiento informatizado de los datos de carácter personal; los artículos 6 y 51 de la Ley del Registro Civil; 17, 18, 21, 22, 25 y 35 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1987, y las Resoluciones de 15 de junio de 1972, 25 de octubre de 1985, 12 de febrero y 25 de mayo de 1988, 23 de mayo de 1991, 5 de marzo de 1994, 20 de mayo y 8 de junio de 1995 y 5 de febrero de 1996.

II. Tanto la primera petición de consulta directa de los Libros de nacimientos, como la segunda de una nota simple informativa sobre tales nacimientos, permitirían el conocimiento de datos sobre filiaciones no matrimoniales, desconocidas o adoptivas, que son objeto de publicidad restringida. En efecto, la publicidad amplia de la institución registral (cfr. arts. 6 LRC y 17 RRC) cede, por

motivos superiores constitucionales de protección de la intimidad personal y familiar, en ciertos casos concretos en que el Registro contiene datos reservados que, en principio, sólo pueden ser divulgados a las personas a quienes directamente afecte (cfr. arts. 51 LRC, 21 y 22 RRC). Si todavía es posible frente a estos datos reservados su divulgación a terceros, para ello se requiere una autorización especial previa del Juez encargado y «sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla». Es evidente que el mero interés profesional o comercial no basta a estos efectos, sino que sería necesario un interés más directo con determinada familia.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

## 1.2 Límites del derecho a consultar los Libros del Registro Civil. Denegación: finalidad particular de comprobar los datos relativos a la propia familia.

**Resolución de la DGRN de 21 de octubre de 1996 (1.ª).**

### HECHOS:

El promotor solicitó autorización del Registro Civil de su domicilio para examinar los Libros de nacimientos, matrimonios y defunciones concernientes a sus familiares y al período comprendido entre los años 1870 y 1945, a los efectos de la investigación, exclusivamente particular, que estaba realizando sobre sus antecesores.

La solicitud fue denegada por providencia de 21 de junio de 1996, al estimar el Juez encargado que no se ha justificado el interés legítimo y la razón fundada legalmente exigidos para acceder a datos sometidos a publicidad restringida.

Disconforme el promotor con lo resuelto, lo impugnó ante la DGRN.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 6 y 51 de la Ley del Registro Civil; 17, 18, 21, 22 y 25 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 8 de enero de 1987, y las Resoluciones de 12 de febrero de 1988, 8 de junio de 1995, 5 de febrero y 1 de octubre de 1996.

II. Existen dos razones que obligan a denegar lo solicitado por el promotor. En primer lugar, la autorización necesaria para la consulta o examen directo de los Libros del Registro (cfr. arts. 6 LRC y 18 RRC) es una posibilidad excepcional que, por razones preferentes del servicio, ha de entenderse limitada a la manifestación de determinado o determinados asientos, pero no puede extenderse al examen de cualesquiera libros a elección del consultante.

En segundo lugar, y por motivos aún más fundamentales, una consulta tan amplia e indiscriminada contribuiría a divulgar datos de publicidad restringida (cfr. arts. 51 LRC, 21 y 22 RRC), los cuales, en aras del principio constitucional del derecho a la intimidad personal y familiar, sólo pueden ser dados a conocer a las personas directamente afectadas o a terceros que justifiquen un interés legítimo especial y razón fundada para pedir la autorización. Es claro que comprobar los datos de determinada familia no legitima para intromisiones en la intimidad personal o familiar de otras personas o familias.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar la providencia recurrida.

### **1.3 Expedición de certificación literal de la inscripción de nacimiento de persona adoptada.**

#### **1.3.1 Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 1996 (2.ª).**

#### **HECHOS:**

El promotor, don F. C. G., solicitó certificación literal de nacimiento de don J. C. R., hijo biológico del hermano del promotor (don A. C. G.), quien falleció en estado de viudedad e intestado en 1985. El promotor sospechaba que su sobrino había sido adoptado por terceras personas y alegó necesitar la certificación instada para determinar su situación en orden al llamamiento a la sucesión mortis causa de su mencionado hermano.

El Juez encargado dictó auto denegando la expedición de la certificación solicitada, al entender que no concurre en el promotor el interés legítimo legalmente requerido.

El promotor recurrió frente a dicho auto ante la DGRN.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistos los artículos 178 y 179 del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 11/1981; 178, 930 ss. del Código Civil; 6 y 51 de la Ley del Registro Civil; 21, 22 y 25 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1987; y las Resoluciones de 23 de abril y 9 de octubre de 1993 y 8 de junio de 1995.

II. De la adopción plena, lo mismo que de la única adopción regulada hoy por el Código Civil, sólo puede darse publicidad por medio de una certificación literal de nacimiento a los intervinientes en la adopción, así como a los terceros que justifiquen un interés especial y razón fundada para pedir la autorización especial, que ha de conceder el Juez encargado del Registro Civil (cfr. arts. 51 LRC, 21 y 22 RRC).

III. En este caso, el solicitante de la certificación literal es un tercero que alega y prueba ser tío carnal del nacido y sospecha que su sobrino ha sido adop-

tado. Su interés lo justifica porque su hermano, padre biológico del nacido, ha fallecido intestado y en estado de viudedad, de modo que saber si ha dejado algún descendiente con derecho a ser llamado a la herencia abintestato del difunto es cuestión que afecta directamente al promotor en cuanto que su mismo derecho a la herencia, a falta de ascendientes y cónyuge viudo, dependerá del eventual llamamiento preferente de su sobrino.

En esta situación, ha de apreciarse que el solicitante ha justificado suficientemente su interés especial y razón fundada para obtener la certificación literal, en cuanto ésta es el único medio de que dispone el interesado para aclarar el alcance de su derecho a la sucesión intestada de su hermano.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso y ordenar que por el Juez encargado se expida al recurrente la certificación literal de nacimiento pretendida. La certificación expresará el nombre del solicitante; que se expide a los solos efectos de que sea tenida en cuenta en la declaración de herederos abintestato de don A. C. G., y la autorización expresa de esta Resolución (cfr. art. 21 *fine* RRC).

### 1.3.2 Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 1996 (4.<sup>a</sup>).

#### HECHOS:

Doña A. C. V. solicitó certificación literal de nacimiento de su hermano, don P. C. V., nacido el 4 de noviembre de 1971 y en cuya inscripción de nacimiento consta marginalmente una inscripción de adopción. La promotora alegó únicamente los lazos de parentesco por naturaleza existentes entre su hermano biológico y ella.

El Juez encargado *acordó* denegar la certificación interesada, al considerar que se trata de un supuesto de publicidad restringida por afectar a una filiación adoptiva, sin que se aprecie el interés legítimo exigido en estos casos.

La promotora recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 10, 18, 20, 24 y 105 de la Constitución; 8 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; los artículos 178 del Código Civil; 6 y 31 de la Ley del Registro Civil; 17, 21, 22 y 25 del Reglamento del Registro Civil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1990, y las Resoluciones de 25 de octubre de 1985, 29 de junio de 1990, 9 de octubre de 1993, 8 de junio de 1995 y 24 de septiembre de 1996.

II. Aunque el Registro Civil es generalmente público, hay casos en que por el respeto constitucional debido al derecho a la intimidad personal y familiar, ese principio general quiebra. Así sucede cuando vayan a divulgarse datos de publi-

cidad restringida, los cuales únicamente pueden ser dados a conocer a las personas directamente afectadas (cfr. arts. 51 LRC y 22 RRC). Excepcionalmente, si la solicitud proviene de otra persona, la publicidad requiere una autorización del Juez de Primera Instancia encargado del Registro, que sólo puede concederse a quienes justifiquen un especial interés legítimo y razón fundada para pedir la autorización (cfr. arts. 51 LRC y 21 RRC), precisando incluso el Reglamento que, si se trata de un certificado, ésta «expresará el nombre del solicitante, los solos efectos para que se libra y la autorización expresa del encargado».

III. Teniendo en cuenta que la adopción supone la ruptura de vínculos con la familia anterior (cfr. art. 178 CC), el solo parentesco alegado no exime de la autorización, porque se trata aquí de un caso en el que, conforme a los artículos 21.1 y 22.1 del Reglamento, los parientes por naturaleza están considerados como terceros. Como, con excepción de tal parentesco, la solicitante no ha justificado ningún interés legítimo especial ni razón fundada para pedir la certificación, es forzoso denegar su petición.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso.

### 1.3.3 Resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1996 (2.<sup>a</sup>).

#### HECHOS:

Doña A. R. A. solicitó del Registro Civil de O. le fuese expedido certificado literal de la inscripción de nacimiento de su hija (M. T. R.), nacida el 7 de agosto de 1986.

El Juez encargado resolvió denegar la certificación instada por haberse cancelado el correspondiente asiento. La promotora interpuso recurso de reposición reiterando su solicitud y alegando desconocer si su hija ha sido adoptada, pues nunca prestó su consentimiento a tal adopción, y admitiendo que si acaso lo prestó fue de modo inconsciente y quizá durante un período de tiempo en el que estuvo enferma, en cuyo caso le interesa conocer la familia de la que ahora su hija forma parte.

Mediante auto de 8 de julio de 1996, notificado a la promotora el 17 del mismo mes y año, el Juez encargado reiteró la negativa ya acordada.

Dicho auto fue recurrido en alzada ante la DGRN por la promotora con fecha 21 de agosto de 1996.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 178 del Código Civil; 6 y 51 de la Ley del Registro Civil; 21, 22, 25, 355 y 356 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 23 de abril y 9 de octubre de 1993, 3 de marzo, 20 de mayo, 8 de junio y 8 de noviembre de 1995, 24 de septiembre y 4 de octubre de 1996.



II. Cuando se deniega la expedición de una certificación, cabe el recurso de reposición ante el propio encargado y después el de alzada ante la Dirección General (cfr. art. 356 RRC). Este último ha de entablarse en el plazo de quince días hábiles desde la notificación y, como en este caso la notificación ha sido correcta y con indicación expresa del recurso procedente y del plazo para interponerlo, no cabe admitir el recurso presentado después de vencido dicho plazo.

III. En todo caso, conviene advertir con carácter general que la adopción produce, como regla, la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (cfr. art. 178 CC), por lo que, a los efectos de la obtención de una certificación literal de nacimiento que refleje la adopción, los parientes por naturaleza del adoptado, incluidos los propios progenitores, son asimilados a los terceros. En efecto, por razones constitucionales de respeto a la intimidad personal y familiar de la familia adoptiva, la adopción sólo puede ser dada a conocer por medio del Registro Civil a los adoptantes y al adoptado mayor de edad (cfr. art. 22.1 RRC) y, si es posible excepcionalmente que se expida certificación en favor de otras personas, ello sólo cabe cuando éstas obtienen previamente una autorización del encargado, previa la justificación de un interés legítimo especial y de razón fundada para pedir la autorización (cfr. art. 21 RRC). Para que exista ese interés legítimo no basta la simple alegación del parentesco por naturaleza que, como antes se ha señalado, ya no existe jurídicamente. Frente a la publicidad general amplia del Registro Civil (cfr. arts. 6 LRC y 17 RRC), la constancia en él de datos reservados explica las garantías establecidas para evitar su divulgación indiscriminada a terceras personas.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso.

## 2. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

### 2.1 Inscripción de nacimiento: denegación cuando el nacido fallece antes de transcurridas veinticuatro horas desde el parto

**Resolución de la DGRN de 3 de septiembre de 1996.**

#### HECHOS:

Con fecha 31 de enero de 1996, doña B. H. promovió expediente ante el Registro Civil de su domicilio para inscribir fuera de plazo el nacimiento de su hijo, acaecido el día 10 de octubre de 1994, así como la inclusión de tal nacimiento en el Libro de Familia de la interesada y su esposo.

Según quedó acreditado, el nacido falleció antes de transcurridas seis horas de vida extrauterina, y su alumbramiento fue anotado en el legajo de abortos del Registro Civil correspondiente.

La Juez encargada dictó auto por el que denegaba la inscripción instada, al considerarla impedida por la no supervivencia del nacido durante veinticuatro horas.

Dicho auto fue impugnado ante la DGRN por el esposo de la promotora, alegando: que la imposibilidad de algunos nacidos para acceder al Registro Civil

vulnera el principio de no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución; que en otros países de nuestro entorno sí son inscribibles supuestos como el presente; y que tanto la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño, como el Convenio para la protección de los derechos humanos, avalan la solicitud deducida.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 14 de la Constitución; 7 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño; 8 y 14 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales; 29 y 30 del Código Civil; 40 y 45 de la Ley del Registro Civil; 36, 171 y 173 del Reglamento del Registro Civil.

II. Recogiendo un criterio de honda raigambre histórica, el Código Civil español, como otras legislaciones actuales, establece ciertas condiciones para que el nacimiento determine la personalidad civil del nacido; con ellas se intenta evitar dudas y litigios acerca de si el feto ha nacido vivo o muerto y también se limitan los casos en que se produciría un cambio injustificado de la sucesión de los bienes familiares cuando a ella fuera llamado el nacido que muere al poco de nacer. Así, el artículo 29 del Código Civil señala que el nacimiento determina la personalidad, pero siempre es preciso que el nacimiento reúna las condiciones que detalla el artículo siguiente, el cual establece textualmente que: «Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

Este artículo, cuyo campo de aplicación está limitado a los *efectos civiles* y no, por tanto, a efectos penales, ha tenido su reflejo, como no podía ser de otro modo, en una legislación civil, como es la del Registro Civil. Así, el artículo 40 de la Ley del Registro Civil dispone que «son inscribibles los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil», y el artículo 45 de la misma Ley, completado por los artículos 171 a 173 del Reglamento, regula el legajo de abortos, al que se incorporan las declaraciones sobre el alumbramiento de criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente.

III. Dicha incorporación al legajo de abortos ya ha sido efectuada en el presente caso, dado que no es posible inscribir el nacimiento al no haber concurrido los requisitos del artículo 30 del Código Civil. Tampoco puede ser incluido en el Libro de Familia de los padres, puesto que éste es un compendio de certificaciones en extracto de asientos extendidos en los Libros del Registro (cfr. art. 36 RRC).

IV. Frente a la aplicación de las normas legales citadas no pueden prosperar los distintos argumentos esgrimidos por los recurrentes.

De un lado, los ejemplos de Derecho comparado aportados no tienen ningún valor por sí mismos.

De otro lado, no puede aducirse que se produzca una verdadera discriminación por razón de nacimiento prohibida por el artículo 14 de la Constitución, ante el trato desigual que se da a los nacidos que viven extrauterinamente más de veinticuatro horas y los que mueren antes, porque esta desigualdad y este distinto tratamiento jurídico, exclusivamente a efectos civiles, no son arbitrarios, sino que responden a criterios razonables objetivos, ya expuestos en el primer fundamento jurídico.

Finalmente, que el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño disponga que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre (y) a adquirir una nacionalidad...» no es ningún argumento decisivo. El propósito de esta Convención es salvaguardar los derechos fundamentales de los niños que vayan a vivir, pero no pueden interferir sus normas en las modalidades que establezca cada Derecho interno en orden a esa inscripción inmediata al nacimiento (la incorporación al legajo de abortos español es una modalidad de inscripción, entendida ésta en sentido amplio), ni tampoco en las condiciones, que corresponde precisar a cada legislación nacional, que ha de reunir un nacimiento para que sea reconocida la personalidad civil del nacido. Si estas condiciones han de consistir en la llamada viabilidad propia (grado de madurez fetal), en la viabilidad impropia (aptitud del feto para seguir viviendo por ausencia de vicios internos) o en la viabilidad legal o plazo de vida (sistema de nuestro Código Civil), es una decisión que puede y debe adoptar cada país conforme a su tradición y a razones de política legislativa.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

**2.2. Inscripción de nacimiento fuera de plazo. Hijos de madre casada: filiación matrimonial estando vigente la presunción de paternidad del marido de la madre, sin necesidad de comprobar además la posesión de estado de tal filiación.**

**2.2.1 Resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 1996 (1.<sup>ª</sup>).**

**HECHOS:**

Con fecha 28 de noviembre de 1994, doña A. P. C., casada, promovió expediente ante el Registro Civil de su domicilio para inscribir el nacimiento de sus hijos, F. C. P. y J. C. P., nacidos respectivamente los días 6 de enero de 1975 y 31 de diciembre de 1976, fruto de su matrimonio, contraído en forma canónica el 23 de noviembre de 1994, con don J. C. M., quien no convivía con la promotora al tiempo de iniciarse las presentes actuaciones.

El esposo de la promotora se opuso a la pretensión de ésta no reconociendo su paternidad y alegando que nunca existió convivencia entre ambos y que el matrimonio canónico se encuentra incurso desde hace once años en procedimiento de nulidad.

La solicitud fue asimismo comunicada a los citados hijos de la promotora, quienes no formularon oposición alguna a la misma.

La Juez encargada dictó auto por el que acordaba inscribir fuera de plazo el nacimiento de F. C. P. y J. C. P., como hijos matrimoniales de la promotora y de su esposo, el cual recurrió el mentado auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 69, 113, 115, 116, 117, 136, 1250, 1251 y 1814 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 183 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 14 de enero de 1982, 10 de abril de 1984, 5 de marzo y 23 de junio de 1986, 3 de abril, 13 de mayo y 25 de noviembre de 1987, 4 de febrero, 13 de abril, 10 de mayo, 9 de junio y 17 de octubre de 1988, 10 de marzo, 13 y 14 de noviembre de 1989, 5 de junio, 30 de agosto y 19 de diciembre de 1990, 27 de agosto de 1991, 26 de junio de 1992, 17 de junio y 18 de septiembre de 1993, 22 de noviembre de 1994, 22 de junio y 11 de diciembre de 1995 y 10 de febrero de 1996.

II. La cuestión básica que se discute en el presente expediente es la filiación que debe figurar en los asientos. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial solicitada, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido del artículo 116 del Código Civil y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. arts. 1250 y 1251 CC). Por otra parte, como vienen señalando las últimas Resoluciones del Centro Directivo en la materia, a partir de la de 13 de mayo de 1987, no es necesario para inscribir la filiación que se compruebe, además, la posesión de estado de esta filiación, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto, como ha reconocido la nueva redacción del artículo 314 RRC por Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, conforme al artículo 113 del Código Civil y en las condiciones que precisa este precepto, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida.

III. Lo anterior no obsta, desde luego, para que en el propio expediente el marido pueda impedir la inscripción de la filiación matrimonial si llega a probar que el nacimiento ha acaecido pasados trescientos días desde la separación de los cónyuges. Pero sus solas manifestaciones en este sentido, no corroboradas por prueba alguna y contradichas por la madre, no son bastantes para acreditar la ruptura de hecho del vínculo conyugal en que consiste la separación efectiva de los consortes, máxime cuando la presunción del artículo 116 del Código Civil está reforzada por la de convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del propio Código. La simple oposición a la inscripción de la paternidad y la convicción de no ser el padre de los nacidos no tienen valor en el ámbito registral y habrán de hacerse valer en la vía judicial oportuna.

IV. Por último, aunque el primero de los hijos ha nacido dentro de los primeros ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, no está facultado el marido para destruir extrarregistralmente la presunción de paternidad por medio de la declaración auténtica en contrario, según el artículo 117 del

Código Civil. Ha transcurrido con creces el plazo de los seis meses siguientes al conocimiento del parto dentro del cual debe formularse, de acuerdo con este artículo, la declaración.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso, confirmar el auto apelado y dejar a salvo la impugnación judicial de la filiación matrimonial por el marido con apoyo en el artículo 136 del Código Civil.

### 2.2.2 Resolución de la DGRN de 26 de septiembre de 1996.

#### HECHOS:

Doña E. D. V., casada con don V. M. J. el 21 de julio de 1987, en un centro hospitalario de M. alumbró una niña el día 6 de diciembre de 1995, a la que posteriormente abandonó. La Comisión de Tutela del Menor de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de M. dictó resolución, de fecha 20 de diciembre de 1995, acordando declarar la situación de desamparo de la nacida.

A solicitud de la asistente social del mencionado centro hospitalario, la Juez encargada del Registro Civil de M. ordenó, con fecha 11 de enero de 1996, la inscripción de nacimiento de la referida menor, en la que debía constar su condición de hija matrimonial de doña E. D. V. y su esposo, don V. M. J., con notificación a los mismos de lo acordado.

Don V. M. J., ingresado en prisión desde el 1 de diciembre de 1994, manifestó no haber tenido relaciones con su esposa durante los diecisiete meses anteriores y negó ser padre de la hija alumbrada por aquélla.

Admitidas estas manifestaciones como impugnación, ante la DGRN, de la providencia dictada por la Juez encargada, se unió a las actuaciones el certificado, expedido por el centro penitenciario donde el recurrente se halla ingresado, en el que constan las visitas *vis a vis* mantenidas entre éste y su esposa los días 9 de marzo, 5 de abril y 3 de mayo de 1995.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 69, 113, 116, 129, 136, 137, 1250 y 1251 del Código Civil; 28 y 42 de la Ley del Registro Civil; 166 y 185 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 1 de febrero de 1993, 26 de mayo de 1994, 30 de noviembre de 1995 y 10 de febrero de 1996.

II. La actuación de la Juez encargada se ajusta a lo que anticipó la Circular de 2 de junio de 1981 y ha recogido la última redacción del artículo 185 RRC. El marido de la madre puede oponerse con éxito a la inscripción de la paternidad, pero para ello ha de probar que no entra en juego la presunción legal de paternidad, mientras que las alegaciones sobre su no paternidad quedan reservadas a la vía judicial a través de la acción de impugnación correspondiente.

III. En el caso presente, el marido de la madre no ha llegado a demostrar la ruptura de hecho de la comunidad de vida conyugal, pese a que, por estar él en prisión, tengan marido y mujer domicilios distintos. El mantenimiento de la comunidad de vida se deduce de la circunstancia, comprobada oficialmente, de que en determinadas fechas de los meses de marzo, abril y mayo de 1995 tuvieron lugar en el centro penitenciario sendas comunicaciones *vis a vis* entre el preso y su esposa. Juega, pues, aquí la presunción de paternidad del marido del artículo 116 del Código Civil, corroborada por la presunción de convivencia entre los cónyuges (cfr. art. 69 CC).

La Dirección General *acordó* confirmar la providencia recurrida, dejando a salvo la impugnación judicial de la paternidad por los legitimados al efecto.

### 2.2.3 Resolución de la DGRN de 18 de noviembre de 1996.

#### HECHOS:

Con fecha 24 de julio de 1995, doña I. C. C. promovió expediente para que fuese inscrito fuera de plazo el nacimiento de su hija, acaecido el 26 de marzo de 1995. La promotora, que contrajo matrimonio con don F. R. H. el 27 de agosto de 1994, si bien afirmó haber convivido con su esposo hasta mayo de 1995, manifestó que la nacida no es hija de éste, por lo que solicitó su inscripción como hija suya no matrimonial. Don F. R. H. no se opuso a la pretensión deducida.

Iniciadas las actuaciones, la promotora aportó fotocopia de la sentencia de Primera Instancia de 13 de noviembre de 1995, por la que se declara nulo su matrimonio con don F. R. H., y que se hallaba recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal ante la Audiencia Provincial de B. La mentada sentencia considera hechos probados: la falta de relaciones sexuales entre los cónyuges y que el marido conocía el estado de embarazada de otro hombre de la esposa.

La Juez encargada dictó auto, con fecha 9 de abril de 1996, acordando la inscripción fuera de plazo de la menor como hija matrimonial de doña I. C. C. y don F. R. H.

La promotora recurrió frente a dicho auto ante la DGRN, acompañando la sentencia firme de la Audiencia Provincial de B., dictada el 2 de abril de 1996, por la que se confirmaba la nulidad matrimonial y se acordaba determinadas medidas en torno al régimen matrimonial y a la hija habida durante el matrimonio, la cual permanecerá bajo la guarda y custodia de la madre con patria potestad compartida entre los litigantes.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 69, 113, 115, 116, 129, 134, 136, 137, 1250, 1251 y 1814 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 183 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 13 de mayo y 25 de noviembre de 1987, 4 de febrero, 13 de abril, 10 de mayo, 9 de junio y 17 de octubre de 1988, 10 de marzo, 13 y 14 de noviembre de 1989, 16 de marzo, 5 de junio, 30 de agosto y 19 de diciembre de 1990, 27 de

agosto de 1991, 26 de junio de 1992, 17 de junio y 18 de septiembre de 1993, 22 de noviembre de 1994, 22 de junio y 11 de diciembre de 1995, 20 de septiembre, 7, 19 y 26 de octubre de 1992.

II. La cuestión básica que se discute en el presente expediente es la filiación que debe figurar en el asiento. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. arts. 1250 y 1251 CC). Por otra parte, como vienen señalando las últimas Resoluciones del Centro Directivo en la materia, a partir de la de 13 de mayo de 1987, no es necesario para inscribir tal filiación matrimonial que se compruebe, además, la posesión de estado de esta filiación, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto, como ha reconocido la nueva redacción del artículo 314 RRC por el Real Decreto 1987/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, conforme al artículo 113 del Código Civil, y en las condiciones que precisa este artículo, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida.

III. Puesto que en este caso, según la manifestación de la madre, la separación de hecho se remonta al mes de mayo de 1995, y puesto que el nacimiento ha acaecido el 26 de marzo de 1995, es evidente que no ha transcurrido el plazo de los trescientos días del artículo 116 del Código Civil, cuya presunción está reforzada por la de convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del propio Código.

IV. Esta conclusión ha venido forzada por una sentencia judicial firme, y no deja de ser un contrasentido que se declare la nulidad de un matrimonio sobre la base de que ha existido un vicio de consentimiento por estar la esposa embarazada de otro hombre al contraer matrimonio y negarse a mantener relaciones sexuales con su marido, para después otorgar la patria potestad compartida sobre la hija habida en el matrimonio, lo que implica necesariamente la consideración de dicha hija como matrimonial y obliga a los interesados a acudir otra vez a la vía judicial para impugnar esta filiación.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso, confirmar el auto apelado y dejar a salvo la impugnación judicial de la filiación matrimonial y la reclamación de la no matrimonial por los legitimados al efecto.

### 2.3 Inscripción de nacimiento fuera de plazo. Determinación legal de la filiación paterna no matrimonial. Reconocimiento; impugnación fuera de plazo.

Resolución de la DGRN de 7 de octubre de 1996 (3.<sup>a</sup>).

#### HECHOS:

Con fecha 30 de enero de 1996, doña J. V. V., española y soltera, promovió expediente ante el Registro Civil de su domicilio en España para inscribir fuera

de plazo el nacimiento de su hijo, acaecido el 21 de diciembre de 1985 en Francia. Según certificación expedida por el Registro Civil francés, el hijo de la promotora aparece allí inscrito como hijo no matrimonial de ésta y del ciudadano francés don M. C., quien efectuó el correspondiente reconocimiento de paternidad conforme a lo dispuesto en la legislación francesa.

En comparecencia ante el Juez encargado, la promotora reconoció como hijo suyo no matrimonial al referido menor, significando no consentir el reconocimiento realizado por don M. C.

Remitido el expediente al Registro Civil Central, el Juez encargado acordó inscribir el nacimiento instado así como su filiación no matrimonial respecto de doña J. V. V. y de don M. C.

La promotora recurrió ante la DGRN la calificación de la filiación acordada. Por su parte, el Ministerio Fiscal instó la confirmación de dicho acuerdo significando que la filiación paterna no matrimonial devino firme al no ser impugnada en tiempo y forma.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 11, 120, 124, 129 y 140 del Código Civil; 23, 48 y 49 de la Ley del Registro Civil; 85, 186 y 188 del Reglamento del Registro Civil, y la Resolución de 14 de mayo de 1996.

II. La filiación paterna no matrimonial, cuya inscripción se discute, ha quedado determinada legalmente para la legislación francesa del padre, como lo prueba que aquélla ha sido inscrita en el Registro Civil francés, y esta filiación está también determinada legalmente según la legislación española correspondiente a la nacionalidad de la madre y del hijo. En efecto, se ha formalizado por comparecencia ante el encargado del Registro Civil francés dentro del plazo establecido para inscribir el nacimiento y esta comparecencia tiene, sin duda, el valor del documento público apto, según ley española, para recoger el reconocimiento de la paternidad no matrimonial.

III. La posibilidad que tiene la madre en estos casos para lograr la suspensión de la inscripción de la paternidad aquí ha caducado, pues ha transcurrido con exceso el plazo del año siguiente al nacimiento en el que esa petición de la madre ha de ser ejercitada (cfr. arts. 124 CC y 188 RRC). Por lo tanto, su desacuerdo frente a la inscripción de la paternidad no es apreciable en este ámbito, sino por medio del ejercicio de la acción judicial de impugnación de la paternidad.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida.



#### **2.4 Inscripción fuera de plazo de nacimiento. Determinación legal de la filiación paterna no matrimonial: requisitos del reconocimiento.**

**Resolución de la DGRN de 8 de noviembre de 1996.**

##### **HECHOS:**

En comparecencia ante la Juez encargada de su domicilio, don B. P. G., viudo, nacido en 1914, y doña J. X. X., soltera, nacida en 1970, manifestaron que doña J. X. X. alumbró una niña el día 13 de abril de 1991, llamada M. C., cuyo nacimiento no figura inscrito en Registro Civil alguno, y don B. P. G. reconoció su paternidad respecto de tal menor, reconocimiento que es consentido por la citada señora. Asimismo, los interesados promovieron expediente para la inscripción del nacimiento de la referida menor.

Según quedó acreditado, los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de V. sustanciaron distintas actuaciones con motivo del abandono de la referida menor, desprotegida por la madre y por el autor del reconocimiento en diversas ocasiones. Además, en comparecencia ante dicha entidad pública, el día 26 de agosto de 1992, don B. P. G. declaró no ser padre de la menor. Tales actuaciones culminaron con la decisión de la citada Comunidad Autónoma, de fecha 28 de abril de 1995, por la que se declaró el desamparo legal de la menor y la entidad pública asumió la tutela sobre la misma por ministerio de la ley.

El Ministerio Fiscal informó favorablemente la inscripción de nacimiento de la menor como hija no matrimonial de la promotora, pero se opuso al reconocimiento de la paternidad efectuada por don B. P. G. y consideró procedente tener por parte a los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de V.

La Juez encargada acordó no haber lugar a la personación del repetido órgano autonómico, al entender que es competente el Ministerio Fiscal para defender el interés de la menor, y dictó auto accediendo a la solicitud de los promotores, entendiendo que el reconocimiento de paternidad actuado no requiere aprobación judicial alguna, habida cuenta de que en el presente caso la filiación está probada por posesión de estado. En consecuencia, ordenó inscribir fuera de plazo el nacimiento de M. C. P. X., hija no matrimonial de don B. P. G. y doña J. X. X.

El Ministerio Fiscal impugnó dicho auto ante la DGRN.

##### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistos los artículos 39 de la Constitución; 112, 113, 120, 124 y 172 del Código Civil; 17, 49 y 95 de la Ley del Registro Civil; 186, 191 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil; 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, sobre el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y las Resoluciones de 11 de noviembre de 1987, 21 y 22 de julio de 1988, 3 de noviembre de 1989, 3 de febrero y 18 de abril de 1990, 28 de octubre de 1991, 8 de septiembre de 1992, 28 de octubre de 1993, 7 de junio y 22 de diciembre de 1994, 9 de mayo, 1 de junio y 4 de octubre de 1995, 25 de septiembre y 11 de octubre de 1996.

II. El único punto discutido en el presente expediente de inscripción fuera de plazo de un nacimiento es el relativo a si es inscribible la filiación paterna no matrimonial fundada en el reconocimiento efectuado por un varón y consentido por la madre de la nacida.

Se oponen a tal inscripción tanto el Ministerio Fiscal como la entidad pública competente en materia de protección de menores, que ha asumido la tutela por ministerio de la ley sobre la menor cuya inscripción de nacimiento se ha instado (cfr. art. 172 CC).

III. Puesto que, como se ha apuntado, el reconocimiento de la paternidad se ha otorgado en una de las formas solemnes establecidas (cfr. art. 120.1 CC), la cuestión que inmediatamente debe plantearse es si tal reconocimiento cumple los requisitos complementarios que para su eficacia exige el Código Civil, cuyo artículo 124.1 establece que «la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido».

IV. Es doctrina consolidada del Centro Directivo, a partir de las Resoluciones de 21 y 22 de julio de 1988, que un reconocimiento bilateral y simultáneo de la filiación, cuando ésta ya está probada por la posesión de estado coincidente (cfr. art. 113 CC) deviene eficaz, sin necesidad de acudir a la aprobación judicial, por el consentimiento expreso que presta cada uno de los progenitores, porque, aunque la filiación no matrimonial del reconocido no esté aún determinada legalmente, tal filiación, probada ya por la posesión de estado y que priva de eficacia a la determinación de una filiación contradictoria (cfr. art. 113.2 CC), basta para que puedan ser ejercitados todos los derechos y deberes dimanantes de la relación paterno-filial o materno-filial acreditada y, entre ellos, los conectados con la representación legal del menor y con la prestación del consentimiento dentro del ámbito al que se refiere el artículo 124.1 del Código Civil.

V. Ahora bien, esta doctrina no es de aplicación al caso presente, porque no existe la posesión de estado coincidente con la filiación reconocida. En efecto, de los antecedentes del caso se deduce que la menor ha sido desprotegida por la madre y por el autor del reconocimiento en diversas ocasiones y no ha sido tratada como hija por éste, el cual declaró incluso oficialmente en una comparecencia ante la entidad pública que la nacida no era hija suya. Además, el expediente para la protección pública de la menor se reabre el 20 de diciembre de 1994, de modo que, si la situación de desamparo no se pronuncia hasta el día 28 de abril de 1995, lo cierto es que tal desamparo ya existía de hecho el 11 de abril del mismo año, por lo que mal podía ejercer la madre en esta fecha la representación legal de la menor, cuya filiación aún no estaba determinada legalmente.

VI. En definitiva, a diferencia de lo que ha ocurrido con el reconocimiento de la maternidad, que ha devenido eficaz por el consentimiento expreso del Ministerio Fiscal, a quien le corresponde asumir la representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos (cfr. art. 3.7 de la Ley de 30 de diciembre de 1981), no sucede lo mismo con el reconocimiento de la paternidad, que es ineficaz por faltar el consentimiento del Ministerio Público, como representante legal de la menor. Además, el Juez encargado, como resulta claramente del texto del auto recurrido, no ha aprobado judicialmente dicho reconocimiento, si es que se le

estimara competente para ello por aplicación de la previsión contenida en el artículo 17 LRC.

VII. Por último, el principio de veracidad biológica, que informa la regulación del Código Civil en materia de determinación de la filiación, quedaría con gran probabilidad vulnerado de accederse a la inscripción de la paternidad. La edad del autor del reconocimiento en el momento de la concepción de la nacida y sus manifestaciones espontáneas en 1992 sobre su no paternidad son, junto a todas las circunstancias del caso, indicios muy claros de que el autor del reconocimiento no es el padre biológico de la reconocida.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso y ordenar que se inscriba el nacimiento omitido haciendo constar exclusivamente la filiación materna de la nacida.

## 2.5 Inscripción de nacimiento fuera de plazo y marginal de adopción constituida en el extranjero: denegación por no ajustarse a la figura de la adopción regulada en el ordenamiento jurídico español.

### 2.5.1 Adopción constituida en Méjico.

Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 1996

#### HECHOS:

Ante el Registro Civil de su domicilio en España, con fecha 5 de septiembre de 1995, los cónyuges don L. R. T. y doña M. G. S., españoles, solicitaron que fuese inscrito el nacimiento de su hijo adoptivo, mejicano y nacido en Méjico el 6 de abril de 1994. La adopción fue constituida en Méjico conforme a la *lex loci*.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez encargado acordó denegar la inscripción de adopción y, en consecuencia, la de nacimiento del referido menor, al considerar que la adopción constituida en Méjico no es equiparable a la regulada en el ordenamiento jurídico español.

Los promotores impugnaron dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 12, 108 y 172 ss. del Código Civil; 1, 15, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 81, 145 y 154 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 (*BOE* de 1 de agosto de 1995), sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, y las Resoluciones de 1 de septiembre y 25 de octubre de 1995, 27 de enero, 29 de febrero, 1 y 22 de abril y 12 de julio de 1996.

II. De acuerdo con las informaciones obtenidas sobre la legislación mejicana, resulta que el hijo adoptivo conserva todos sus derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, y que la adopción puede revocarse, entre otros

supuestos, por acuerdo entre ambas partes, siempre que el adoptado sea mayor de edad o por ingratitud de éste.

Teniendo en cuenta que la única adopción regulada por el Código Civil supone la integración total del adoptado en la familia adoptiva, equiparándolo a los hijos por naturaleza (art. 108 CC); que, como regla, la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia anterior (art. 178 CC) y que la adopción es también, como regla, irrevocable (art. 180 CC), hay que calificar esta institución jurídica mejicana como radicalmente distinta a la adopción española, por lo que no puede producir los efectos que le son propios, no pudiendo, por tanto, incluirse dentro de los actos inscribibles que detalla el artículo 1 LRC.

III. No hay ninguna norma de Derecho internacional privado español, ni ningún acuerdo internacional asumido por España, que obligue a nuestro país a aceptar que una adopción simple, constituida en el país de origen, se convierta automáticamente en una adopción con plenitud de efectos en el país de acogida. Por el contrario, el artículo 9.5.5.º del Código Civil establece que: «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos en la legislación española». En definitiva, la transformación de una adopción en otra requerirá que así se acuerde en el país de origen, si hay posibilidad legal para ello o que se constituya la adopción ante el Juez español (art. 176.1 CC), a quien corresponderá valorar si la actual adopción mejicana puede ser asimilada a un acogimiento legal o a una tutela a los efectos de prescindir de la propuesta de una Entidad pública (cfr. art. 176.2.3.º CC).

IV. Por lo demás, al tratarse de una adopción constituida en el extranjero por ciudadanos españoles, no existe ningún inconveniente para que, a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, pueda ser dicha adopción susceptible de anotación en el Registro Civil español, ya que la misma guarda muchas similitudes con la figura del acogimiento regulada en los artículos 173 y 173 bis del Código Civil. De constituirse en España, el acogimiento es anotable en virtud de lo previsto en el artículo 154.3 RRC; caso de haberse constituido en el extranjero, lo será en virtud de la pertinente documentación extranjera, siempre que sea auténtica (cfr. art. 81 RRC). En cualquier caso, la anotación, con su limitación de efectos (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC), se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el artículo 154.1 RRC, haciendo constar expresamente que no está acreditada conforme a la Ley la nacionalidad española del nacido (cfr. art. 66 *in fine* RRC).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

## 2.5.2 Adopción constituida en Brasil: adoptado mayor de edad.

Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 1996 (3.ª).

### HECHOS:

Con fecha 25 de septiembre de 1995, don J. R. R., nacido en 1945, español y soltero, solicitó del Registro Civil Central que fuese inscrito el nacimiento como

ciudadano español de don L. C. O., nacido el 13 de diciembre de 1972 y de nacionalidad brasileña. El promotor significó haber adoptado a don L. C. O. en Brasil, conforme a la *lex loci*, acompañó escritura de adopción autorizada por Notario brasileño y solicitó la inscripción de dicha adopción. Por su parte, don L. C. O., en comparecencia ante el Juez encargado del Registro Civil Central, manifestó su voluntad de optar a la nacionalidad española.

Según lo informado por el Consulado de España en R. J. (Brasil), la norma brasileña reguladora de la adopción exige que el adoptado tenga como máximo dieciocho años en la fecha de la petición, excepto si ya estuviera bajo la guarda o tutela de los adoptantes. En las actuaciones no quedó acreditado el cumplimiento de este requisito.

El Juez encargado acordó denegar la inscripción de la adopción y, en consecuencia, también la inscripción de nacimiento como español del adoptado, al considerar que la adopción actuada no cumple las exigencias establecidas en la normativa brasileña ni es equiparable a la prevista en el Ordenamiento Jurídico español.

Tanto el promotor como el pretendido hijo adoptivo recurrieron frente a dicho acuerdo ante la DGRN, alegando que la ley brasileña admite la adopción de mayores de dieciocho años y que la información aportada por el Consulado de España en R. J. no es acorde con la legislación brasileña.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 12, 108 y 172 ss. del Código Civil; 1, 15 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66 y 68 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 (*BOE* de 1 de agosto de 1995), sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, y las Resoluciones de 1 de septiembre y 25 de octubre de 1995, 27 de enero, 29 de febrero, 1 y 23 de abril, 12 de julio y 16 de septiembre de 1996.

II. Antes de poder evaluar la validez de la opción a la nacionalidad española efectuada por el adoptado en Brasil, ha de determinarse si es inscribible en el Registro Civil español la adopción actuada. Dado que el optante tenía veintidós años de edad cuando fue adoptado y que no había estado previamente bajo la guarda o tutela del adoptante, el Juez encargado considera incumplidas las previsiones de la legislación brasileña al respecto.

III. Independientemente de la dificultad que supone conocer exactamente el alcance y contenido de normas extranjeras, es evidente que en este supuesto no cabe admitir los argumentos expuestos por el recurrente, ya que, en primer lugar, no ha acreditado como le corresponde (cfr. art. 12.5 CC) la vigencia y contenido de las normas brasileñas invocadas, y, en segundo lugar, porque existe el obstáculo insalvable de que la adopción de un mayor de edad en la legislación española exige una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiese cumplido los catorce años (cfr. art. 175 CC), que no ha concurrido en este caso.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, hay que calificar la adopción brasileña de un mayor de edad como radicalmente distinta a la adopción española en la que no cabe esta posibilidad, a no ser que concurren las circunstancias previstas en el artículo 175 del Código Civil, por lo que no puede producir en España los efectos propios de la adopción española y no puede tampoco incluirse dentro de los actos inscribibles que detalla el artículo 1 LRC, so pena de provocar graves equívocos en cuanto a los efectos de la institución inscrita.

IV. No hay ninguna norma de Derecho internacional privado español, ni ningún acuerdo internacional asumido por España, que obligue a nuestro país a aceptar que cualquier institución jurídica, con denominación de adopción en el país de origen, se convierta automáticamente en una adopción con plenitud de efectos en el país de acogida. Por el contrario, el artículo 12.1 del Código Civil establece que: «La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española». En definitiva, la institución jurídica brasileña en virtud de la cual se produce una situación de vínculo de filiación entre dos personas mayores de edad, si bien produce efectos similares a la adopción, en ningún caso debe calificarse como tal para nuestro ordenamiento, en el que la adopción es una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia, estableciendo el mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza.

No cabe invocar, como hace el recurrente, la aplicación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, ratificado por ambos países, ya que el supuesto planteado no está incluido en su ámbito de aplicación, no sólo porque de su articulado se deduce claramente su vocación protectora referida a los niños, sino porque del propio artículo 3 se deduce su inaplicación a los mayores de edad cuando establece que «el Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años».

V. En definitiva, la adopción brasileña cuestionada podrá ser reconocida en España en cuanto a los efectos que le atribuya la legislación brasileña, pero no en cuanto a los efectos que, para una relación totalmente distinta, establece la legislación española. Por lo tanto, no surge el derecho de optar a la nacionalidad española que el artículo 19.2 del Código Civil concede sobre la base de una adopción excepcional en favor de un mayor de edad, únicamente posible si se dan las circunstancias –que aquí no concurren– del mencionado artículo 175 del Código Civil.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

### **2.5.3 Adopción constituida en Rumania. Aplicación de la Ley Orgánica 1/1996, sobre Protección Jurídica del Menor, a la adopción constituida en el extranjero antes de su entrada en vigor.**

**Resolución de la DGRN de 29 de noviembre de 1996.**

#### **HECHOS:**

Con fecha 27 de marzo de 1996, doña M. G. A., casada con don A. G. R., ambos españoles, solicitó del Registro Civil de su domicilio en España fuese ins-

crito el nacimiento de dos menores, de nacionalidad rumana, adoptados por dichos cónyuges ante un Tribunal rumano, y conforme a la *lex loci*, el día 25 de agosto de 1995.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez encargado requirió de los interesados la oportuna certificación de idoneidad de los adoptantes, expedida por la entidad pública competente. Dicho certificado no fue aportado, entendiéndose la promotora y su esposo que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, el mismo no es exigible, al tratarse de una adopción constituida con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica.

El Juez encargado denegó las inscripciones instadas, al entender obligatoria la aportación del referido certificado, por haberse solicitado tales inscripciones estando ya en vigor la Ley Orgánica 1/1996.

La promotora recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN. El Ministerio Fiscal emitió informe favorable a la práctica de las inscripciones.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9 de Código Civil; 15, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66 y 145 del Reglamento del Registro Civil; 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, las disposiciones adicional segunda y transitoria única de esta Ley; el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 (*BOE* de 1 agosto 1995), relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, y la Resolución de 14 de marzo de 1996.

II. Al formularse la solicitud de inscripciones ya estaba en vigor la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, la cual ha dado nueva redacción al artículo 9.5 del Código Civil, de suerte que «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción». La claridad de esta norma, que debe ser tenida en cuenta en su calificación por el encargado del Registro Civil (cfr. disposición adicional segunda de la misma Ley), obliga a rechazar las inscripciones de las adopciones reseñadas en tanto no se obtenga la oportuna declaración de idoneidad de los adoptantes suscrita por la competente entidad pública, de conformidad con las atribuciones que, en materia de adopción internacional, confieren a estas entidades tanto el artículo 25 de la citada Ley de Protección Jurídica del Menor como el Convenio de La Haya de 1993, al que se remite precisamente dicho artículo 25.

III. Contra esta conclusión no puede argüirse que cuando se constituyeron las adopciones en Rumania la legislación española no imponía el certificado de idoneidad de los adoptantes españoles y que, en consecuencia, es la Ley anterior la aplicable al caso de conformidad con la disposición transitoria única de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, según la cual «los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior».

Es evidente que esta disposición transitoria se refiere exclusivamente a los procedimientos españoles en curso sobre acogimientos, adopciones y tutelas, regulados de otro modo por la Ley en vigor, pero no puede extenderse a materias totalmente ajenas al legislador español, como son los procedimientos extranjeros de adopción. Además, la regla actual del artículo 9.5 del Código Civil, en cuanto exige para el reconocimiento en España de la adopción extranjera la declaración de idoneidad de la entidad pública española, no es ninguna norma relativa al procedimiento de adopción, sino un requisito sustantivo más que se añade a una adopción constituida en el extranjero conforme a una Ley extranjera en la previsión de que esta Ley no haya tenido en cuenta las exigencias de la Ley española.

IV. La conclusión expuesta se ve reforzada porque el propósito del legislador español en materia de adopción internacional ha sido el de potenciar la colaboración entre las entidades públicas del país de origen y del país de acogida, evitando en este punto actuaciones incontroladas de los particulares. Esta colaboración es el eje a que responde el Convenio de La Haya de 1993, por lo que es llamativo que Rumania, para quien entró en vigor el Convenio el 1 de mayo de 1995, haya prescindido del mismo en estas adopciones constituidas en agosto de 1995.

V. Si, según lo dicho, las adopciones no son por ahora inscribibles, no queda afectado tampoco el estado civil en los adoptantes españoles, de modo que los nacimientos acaecidos en el extranjero, por no afectar a ciudadanos españoles, no pueden ser inscritos en el Registro Civil español (cfr. arts. 15 LRC y 66 RRC).

Queda a salvo que, por tratarse de hechos que afectan al estado civil de españoles, no según la ley española, sino según una ley extranjera, puedan los mismos ser objeto, no de inscripción, sino de anotación (cfr. art. 38.3 LRC) a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado. Recuérdese que la anotación tiene un valor simplemente informativo y que en ningún caso constituye la prueba que proporciona la inscripción (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC), aparte de que en este caso en las inscripciones de nacimiento debe hacerse constar expresamente que no esté acreditada conforme a Ley la nacionalidad española de los nacidos.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

### 3. EXPEDIENTE PREVIO AL MATRIMONIO EN FORMA CIVIL

**Matrimonios de complacencia: ausencia de verdadero consentimiento matrimonial.**

**Resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 1996.**

#### HECHOS:

Con fecha 5 de marzo de 1996 don E. R. F., cubano, nacido el 12 de enero de 1953, y doña M. G. S., española, nacida el 12 de septiembre de 1976, ante el Registro Civil del domicilio de esta última promovieron expediente previo para contraer matrimonio en forma civil.



Tras oír a los promotores en audiencia separada y reservada, la Juez encargada dictó auto por el que, coincidiendo con lo informado por el Ministerio Fiscal, denegaba la celebración del matrimonio proyectado, al entender que, según se desprende de lo declarado por los interesados y de la documentación aportada, no existe en ellos verdadero consentimiento matrimonial y sólo pretenden utilizar la institución con finalidad ajena a la misma, cual es la obtención de la residencia española por el promotor. Los promotores recurrieron frente a dicho auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, sobre derechos civiles y políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995, y las Resoluciones de 9 de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993, 20 de enero, 30 de mayo, 25 de septiembre y 22 de noviembre de 1995, 8 de enero, 22 de marzo, 27 de abril, 26 de junio, 18 de julio, 20 de septiembre, 18 y 23 de octubre de 1996.

II. El problema de los llamados matrimonios de complacencia –matrimonios «blancos» en la terminología francesa– es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a una reciente Instrucción de carácter general de la DGRN (Instrucción de 9 de enero de 1995). Mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial a los efectos de facilitar la entrada, o de regularizar la estancia en territorio nacional, o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente.

III. Es indudable que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 CC). Ahora bien, la cuestión surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1253 CC). Por otra parte, ha de tenerse presente que existe una presunción general de buena fe y que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

IV. No hay duda de que en el expediente previo al matrimonio, el encargado del Registro Civil puede apreciar la falta de consentimiento matrimonial, así como cualquier otro obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 56.1 CC,

245 y 246 RRC y la Instrucción de 9 de enero de 1995), y, en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, debe denegar la celebración (cfr. art. 247 RRC).

Consiguientemente, el encargado en el expediente previo, dentro del trámite de la audiencia, reservada y por separado, de cada contrayente (cfr. art. 246 RRC y regla 3.<sup>a</sup> de la mentada Instrucción), debe comprobar, por medio de las declaraciones de aquéllos, si el matrimonio cumple todos los requisitos legales exigidos por el Código Civil y, entre ellos, la existencia de real consentimiento matrimonial.

V. En el caso presente concurren una serie de circunstancias que avalan el criterio del encargado, como son: el hecho de que no se haya acreditado la residencia en España del contrayente anterior al 24 de enero de 1996; las declaraciones de los propios interesados, reiteradas en el escrito de recurso, sobre su voluntad de casarse a los efectos de obtención de la residencia; que no existe ninguna prueba documental sobre el pretendido contacto mantenido por carta, y la conclusión que el propio Juez encargado ha deducido de la audiencia reservada.

No hay que olvidar que de la actitud de los contrayentes, así como de la manera de comportarse y contestar a determinadas preguntas, puede el Juez encargado formarse un criterio y llegar a una certeza moral, que forzosamente debe ser tenida en cuenta, ya que, como queda dicho, es muy difícil demostrar que existe una simulación como no sea por medio de las manifestaciones y actitudes personales de los simulantes.

VI. En definitiva, si bien el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, consagrado tanto constitucional como internacionalmente, no tolera limitaciones infundadas, basadas en hechos que por sí no son determinantes para llegar a la conclusión de que no existe intención de contraer matrimonio, tal derecho no puede ser invocado cuando existen, no sólo meros indicios sino datos y hechos, por otra parte ciertamente objetivos, que pueden hacer creer que no hay tal voluntad efectiva, debiendo los encargados, como ya puso de relieve la Instrucción de 9 de enero de 1995, «cerciorarse, sin mengua de la presunción general de buena fe, de la veracidad del consentimiento dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo».

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

#### 4. INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO

##### 4.1 Denegación de inscripción de matrimonio por concurrir en el contrayente impedimento de vínculo.

##### 4.1.1 Sentencia extranjera de divorcio que no obtuvo el correspondiente *exequatur*.

Resolución de la DGRN de 2 de septiembre de 1996 (3.<sup>a</sup>).

#### HECHOS:

Don F. M. C. y doña S. G. A., ambos españoles, solicitaron del Registro Civil Central la inscripción del matrimonio por ellos contraído el 2 de julio de 1976, en Estados Unidos, según la *lex loci*.

El promotor había contraído un anterior matrimonio en Inglaterra, también en la forma local, el 16 de junio de 1962, que fue disuelto por sentencia judicial de divorcio dictada en Puerto Rico el 18 de septiembre de 1973. Este primer matrimonio del promotor no fue inscrito en Registro Civil español alguno, ni se obtuvo el correspondiente *exequatur* de la sentencia de divorcio portorriqueña.

El Juez encargado acordó denegar la inscripción instada.

La promotora presentó escrito ante el Registro Civil Central, manifestando que la notificación de dicho acuerdo le había sido sustraída y solicitando copia de la misma, así como la ampliación del plazo hábil para interponer recurso. Ambos requerimientos fueron desestimados por el Juez encargado, si bien conceptuó el referido escrito como recurso contra la calificación efectuada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 46, 49, 61, 65 y 107 del Código Civil; 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 23, 24, 70 y 73 de la Ley del Registro Civil; 85, 94, 256 a 265 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 1 de junio de 1989, 5 de octubre de 1990, 27 de junio y 20 de noviembre de 1992, 15 de junio de 1993, 24 de mayo y 2 de junio de 1994, 11 de noviembre de 1995, 12 de febrero y 3 de junio de 1996.

II. Carecen de valor las alegaciones, formuladas en el escrito de recurso, de que el primer matrimonio del interesado, al existir sentencia de divorcio, es como si civilmente no hubiera existido, ya que es evidente que dicho primer matrimonio, aunque no hubiera sido inscrito en el Registro Civil español, es formalmente válido y produce sus efectos desde su celebración (cfr. arts. 61 CC y 70 LRC), debiendo, caso de no haberlo sido con anterioridad, inscribirse en el Registro Consular o Central competente.

III. En consecuencia, para que produzca efectos en el ordenamiento español la sentencia portorriqueña de divorcio que afecta a un español es imprescindible (cfr. art. 107.2 CC) que la misma sea reconocida conforme a lo dispuesto en la LEC, de modo que, no existiendo tratado internacional sobre este punto, ha de obtenerse su *exaquetur* ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. Mientras este trámite no quede cumplido, no es posible la inscripción del segundo matrimonio del español divorciado por subsistir, al menos formalmente, el impedimento de ligamen (cfr. art. 46.2 CC), siendo por tanto correcta la calificación del encargado del Registro Civil Central de denegar la inscripción, al no concurrir los requisitos exigidos para la validez del matrimonio (cfr. arts. 65 CC y 256 RRC).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el acuerdo recurrido.

#### 4.1.2 Sentencia extranjera de divorcio, que no obtuvo el correspondiente *exequatur*, y posterior sentencia española de divorcio.

Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 1996 (2.ª).

#### HECHOS:

Don A. C. P., español, y doña M. G., estadounidense, solicitaron del Registro Civil de su domicilio en España fuese inscrito el matrimonio en forma civil por ellos contraído el 6 de marzo de 1976 en Puerto Rico, según la *lex loci*.

El promotor había contraído un anterior matrimonio en España el 12 de febrero de 1973, inscrito en el correspondiente Registro Civil, donde consta marginalmente la sentencia eclesiástica de separación por tiempo indefinido del matrimonio, fechada el 14 de julio de 1977, así como sentencia judicial de divorcio española de 11 de febrero de 1985. Quedó también acreditada la existencia de una sentencia, dictada por autoridad judicial de la República Dominicana el día 20 de enero de 1976, por la que se decretaba la disolución por divorcio de este primer matrimonio del promotor.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez encargado acordó denegar la inscripción instada, al estimar que el promotor, cuando contrajo su segundo enlace, se hallaba ligado por vínculo matrimonial anterior.

El promotor interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 46, 49, 65, 73, 85, 89 y 107 del Código Civil; 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 2, 23, 27, 38, 73, 76 y 80 de la Ley del Registro Civil; 85, 145, 256, 257, 271 y 339 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 12 de junio de 1984, 24 de mayo y 2 de junio de 1994, 11 de noviembre de 1995, 22 de enero, 12 y 19 de febrero, 3 de junio, 5 de julio y 2 de septiembre de 1996.

II. Un español puede contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (cfr. art. 49 CC). Ahora bien, la inscripción de este enlace, aunque conste su existencia por medio de la oportuna certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (cfr. art. 256.3 RRC), está sometida a la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales para su celebración (cfr. art. 65 CC). Por esto, la calificación del encargado, a la vista de esa certificación y del documento que prueba la disolución de anteriores vínculos (cfr. art. 241 RRC), debe alcanzar al control de la inexistencia de impedimentos, pues ha de llegarse a la convicción de que el matrimonio es válido y legal para el Derecho español (cfr. arts. 23 y 27 LRC, 85 y 256 RRC).

III. En el presente caso, el segundo matrimonio del promotor se celebró —en 1976— cuando éste estaba aún ligado por un previo vínculo matrimonial, y no es inscribible por concurrir el impedimento de vínculo, que no quedó disuelto hasta la sentencia española de divorcio pronunciada en 1985.

Puesto que en un momento anterior al segundo enlace el interesado había obtenido en la República Dominicana el divorcio de su primer matrimonio, es obvio que lo que hubiera debido hacer, para que esta sentencia extranjera de divorcio produjera sus naturales efectos en el ordenamiento español, era promover su *exequatur* conforme a la LEC (cfr. art. 107.2 CC). De haber prosperado esta vía, se hubiera reconocido en España la disolución de su primer vínculo y se hubiera posibilitado la inscripción del segundo.

No se ha hecho así, sino que el divorcio se ha obtenido en España como un hecho nuevo, con total independencia del ya sobrevenido en el extranjero. En esta anómala situación, y habida cuenta de que posiblemente la sentencia extranjera de divorcio no puede producir efecto en el ordenamiento español a través del *exequatur*, al haberse dictado en rebeldía de uno de los contrayentes (cfr. art. 954.2 LEC), sólo quedaría a los interesados para conseguir el resultado pretendido volver a contraer matrimonio en una de las formas previstas por el Código Civil.

IV. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de que el matrimonio discutido, que no reúne los requisitos exigidos para su validez por el Código Civil, pueda ser objeto de anotación (cfr. arts. 80 LRC y 271 RRC) a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, teniendo el asiento un valor simplemente informativo y en ningún caso constituirá la prueba que proporciona la inscripción, lo que deberá hacerse constar de modo destacado en el asiento y en las certificaciones que se expidan (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el acuerdo recurrido.

#### 4.1.3 **Impedimento de ligamen. Contrayente cuyo estatuto personal permite el matrimonio poligámico: excepción de orden público internacional.**

**Resolución de la DGRN de 5 de noviembre de 1996.**

#### HECHOS:

Con fecha 18 de julio de 1995, don M. A. M., egipcio de origen y naturalizado español en 1990, con domicilio en España, solicitó del Registro Civil Central fuese inscrito el matrimonio civil que contrajo con doña N. M. E., egipcia, el día 24 de febrero de 1989, en Egipto, conforme a la *lex loci*.

Según quedó acreditado, el promotor había contraído un anterior matrimonio civil en España, con ciudadana española, el 28 de septiembre de 1988, matrimonio que aparece inscrito en el correspondiente Registro Civil y que fue disuelto por sentencia española de divorcio de fecha 20 de octubre de 1994.

El Juez encargado dictó auto denegando la solicitud deducida, el cual fue recurrido por el promotor ante la DGRN, por estimar que su primer enlace no fue legal y alegando que su religión musulmana permite contraer matrimonio simultáneo con varias mujeres.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistos los artículos 8, 9, 12, 25 y 65 del Código Civil; 15, 16, 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 14 de abril de 1988, 9 de mayo de 1991, 27 de octubre de 1992, 8 de noviembre de 1993, 11 de mayo de 1991, 27 de octubre de 1992, 11 de mayo y 14 de septiembre de 1994, 8 de marzo de 1995 y 5 de septiembre de 1996.

II. Dado que el recurrente estaba ya casado cuando se celebró el segundo enlace en 1989, aunque dicho enlace sea válido para el ordenamiento egipcio y haya que aplicar, en principio, en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. art. 12.3 CC), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio. Además, en este caso, el Registro Civil español estaría proclamando que un varón estaba simultáneamente casado con dos mujeres distintas.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso.

**4.2 Denegación de inscripción de matrimonio por ausencia de verdadero consentimiento matrimonial: matrimonio de complacencia. Simulación; prueba.**

**4.2.1 Resoluciones de la DGRN de 20 de septiembre de 1996 (3.<sup>a</sup>) y (5.<sup>a</sup>) (NOTA: Las dos Resoluciones contienen similares fundamentos jurídicos y acuerdos, puesto que contemplan hechos análogos).**

**HECHOS:**

Dos varones españoles, residentes en España, contrajeron matrimonio en la República Dominicana los días 20 y 22 de enero de 1996, respectivamente, con sendas ciudadanas dominicanas y residentes en aquel país. Posteriormente, solicitaron las correspondientes inscripciones de matrimonio ante el Registro Civil Consular español en S. D. (República Dominicana).

De las subsiguientes actuaciones, y en particular de las audiencias practicadas, reservada y separadamente, a los interesados, resultó acreditado que, en ambos casos, los contrayentes se conocieron a lo más por teléfono y sólo se vieron uno y tres días antes de las respectivas bodas; que ignoran datos fundamentales sobre sus respectivas vidas, y que los varones españoles llegaron a la República Dominicana provistos de certificado de nacimiento y fe de soltería.

El encargado del Registro Civil Consular acordó denegar las inscripciones de matrimonio al considerar, coincidiendo con los informes del Ministerio Público, que no existió verdadero consentimiento matrimonial, por lo que los enlaces

constituían negocios simulados con alguna finalidad extraña a la institución matrimonial.

Los promotores recurrieron frente a sendos acuerdos ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, sobre derechos civiles y políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 54, 85, 246, 247, 256, 257, 354 y 355 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995, y las Resoluciones de 9 de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993, 20 de enero, 30 de mayo y 22 de noviembre de 1995, 8 de enero, 22 de marzo, 27 de abril, 26 de junio y 18 de julio de 1996.

II. El problema de los llamados matrimonios de complacencia es un fenómeno común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a una reciente Instrucción de carácter general de la DGRN de 9 de enero de 1995. Mediante estos enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada, de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del otro cónyuge aparente.

III. El matrimonio de complacencia es, sin duda, nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 CC). Por exigencias del principio de legalidad, ha de evitarse, en la medida de lo posible, la autorización por los funcionarios españoles competentes de estos matrimonios simulados y, a estos efectos, cobra especial importancia, como ha puesto de relieve la Instrucción citada, el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente, prevista dentro del expediente previo por el artículo 246 RRC. Dada la normal ausencia de pruebas directas de la voluntad encubierta, esa audiencia, junto con otros datos objetivos, puede servir para deducir de los hechos probados la convicción en el instructor del expediente de la simulación a través de la prueba de presunciones (cfr. art. 1253 CC).

IV. Como viene señalando el Centro Directivo, a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, también en los matrimonios celebrados por un español en el extranjero conforme a la *lex loci*, la inscripción en el Registro español competente está sujeta a la calificación por el encargado de la eventual ausencia de consentimiento matrimonial. Por aplicación del artículo 65 del Código Civil, el encargado debe comprobar antes de la inscripción si concurren los requisitos legales sin excepción alguna para la celebración del matrimonio y este precepto ha sido desarrollado por los artículos 256 y 257 RRC, redactados por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. Resulta así que el matrimonio que conste por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 2563.3 RRC) es inscribible, «siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española», siendo título para practicar

la inscripción «el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas». Puesto que estas declaraciones complementarias integran el título inscribible, de ellas puede en ocasiones deducirse –lo mismo que puede suceder en el trámite previo de la audiencia– la falta de real consentimiento matrimonial, lo que ha de llevar consigo la denegación de la inscripción.

V. Ha de insistirse, en todo caso, que tanto por la presunción general de buena fe como porque el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, es necesario que la convicción del fraude se forme en grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

VI. En los casos objeto de los presentes recursos, de los hechos acreditados puede deducirse fundadamente, según las reglas del criterio humano (cfr. art. 1253 CC), que los matrimonios son nulos por simulación, como así lo han apreciado el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 RRC) y el encargado del Registro Consular, los cuales, por su inmediatez a los hechos, son quienes más fácilmente pueden formar su convicción al respecto.

VII. No siendo suficientes las presentes actuaciones para inscribir los matrimonios, la vía registral del expediente previsto en el artículo 257 RRC queda de hecho impedida, pues no habrá otros elementos de juicio que pudieran sustentar una conclusión distinta de la obtenida en momentos más próximos cronológicamente a la celebración del matrimonio, de modo que el principio de economía procesal (cfr. art. 354 RRC) aconseja prescindir de ese camino.

La Dirección General *acordó* desestimar ambos recursos, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

#### 4.2.2 **Resoluciones de la DGRN de 18 de octubre de 1996 (3.<sup>a</sup>) y (4.<sup>a</sup>)** **(NOTA: las dos Resoluciones contienen similares fundamentos jurídicos y acuerdos, puesto que contemplan hechos análogos).**

##### HECHOS:

Dos varones, españoles y residentes en España, contrajeron matrimonio en la República Dominicana, conforme a la *lex loci*, los días 15 de mayo de 1996 y 22 de septiembre de 1995, respectivamente, con sendas ciudadanas dominicanas y residentes en aquel país. Posteriormente, solicitaron las correspondientes inscripciones de matrimonio ante el Registro Civil Consular español en S. D. (República Dominicana).

De las subsiguientes actuaciones, en particular de las audiencias practicadas, separada y reservadamente, a los interesados, resultó acreditado que se conocieron pocos días antes de celebrarse las bodas y que desconocían datos fundamentales sobre sus respectivas vidas.

El encargado del Registro Civil Consular acordó denegar las dos inscripciones de matrimonio, al considerar, coincidiendo con los informes del Ministerio Público, que en ninguno de estos casos existió verdadero consentimiento matri-



monial, por lo que los enlaces constituían negocios simulados, encaminados a facilitar la entrada en España de los interesados.

Los promotores recurrieron frente a sendos acuerdos ante la DGRN.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York de diciembre de 1966, sobre derechos civiles y políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 54, 85, 246, 247, 256, 257, 354 y 355 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 9 de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993, 20 de enero, 30 de mayo y 22 de noviembre de 1995, 8 de enero, 22 de marzo, 27 de abril, 26 de junio, 18 de julio y 20 de septiembre de 1996.

II. La lucha contra el fraude en el Registro Civil se plantea con especial incidencia en el tema de la autorización o de la inscripción de los llamados «matrimonios blancos» o de complacencia. Una de sus manifestaciones más típicas tiene lugar cuando un nacional y un extranjero simulan el matrimonio, cuando lo único que se pretende en realidad bajo el ropaje de esta institución, y generalmente previo precio, es que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, singularmente a los efectos de facilitar la entrada en territorio nacional, de regularizar la estancia en él o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente.

III. El matrimonio simulado es nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 CC), de suerte que el principio de legalidad ha de impedir tanto que los órganos españoles competentes autoricen matrimonios nulos, como que se inscriban matrimonios ya autorizados por órganos extranjeros.

No obstante, ha de reconocerse, de un lado, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación, pues no existiendo normalmente pruebas de la voluntad simulada es necesario, en la mayoría de los casos, que concurren datos objetivos comprobados suficientes para deducir de ellos, a través de la prueba de presunciones en «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1253 CC), la verdadera voluntad encubierta de las partes. De otro lado, ha de tenerse presente que existe una presunción general de buena fe y que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio debatido.

IV. Conforme a la doctrina más reciente de la DGRN, especialmente a partir de la Instrucción de 9 de enero de 1995 y de la Resolución de 30 de mayo de 1995, el momento oportuno para intentar descubrir el fraude es, dentro del expediente previo, el trámite de la audiencia reservada y por separado a cada contrayente (cfr. art. 246 RRC y regla 3.ª de la citada Instrucción); mientras que ese momento, tratándose de matrimonio ya celebrado en el extranjero en la forma

local, ha de centrarse en «las declaraciones complementarias oportunas» que, junto con «la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» integran el título inscribible, por aplicación del artículo 256 RRC.

V. Sobre la base de estas consideraciones, hay que decidir si existen datos objetivos bastantes para deducir la simulación en los presentes casos.

A pesar de que el Cónsul *podría haber profundizado más en la lista de preguntas formuladas separada y reservadamente a cada interesado*, de las contestaciones obtenidas hay base para estimar que los matrimonios sólo se han celebrado para facilitar la entrada en España de las ciudadanas dominicanas.

VI. Si por estas razones no son inscribibles las certificaciones dominicanas de matrimonio, es inútil acudir a la otra vía registral posible, como es el expediente previsto por el artículo 257 RRC, puesto que las actuaciones practicadas ahora, en cuanto más próximas a los hechos, son las únicas que pueden ayudar a descubrir respuestas más espontáneas y más cercanas a la verdad.

La Dirección General *acordó desestimar los recursos*.

#### 4.2.3 Resolución de la DGRN de 11 de diciembre de 1996.

##### HECHOS:

Don O. R. B., cubano y residente en Cuba, solicitó del Registro Civil Consular español en L. H. (Cuba) que fuese inscrito el matrimonio por poder que contrajo con doña N. B. G., española. Dicho enlace fue celebrado en Cuba, conforme a la *lex loci*, el 16 de febrero de 1996

A solicitud del Cónsul general de España en L. H., el Juez encargado del Registro Civil del domicilio en España de la contrayente oyó a ésta en trámite de audiencia reservada, en el curso de la cual doña N. B. G. declaró: no recordar el nombre ni la profesión de la persona con la que había contraído matrimonio; que la razón por la que contrajo tal matrimonio fue la de facilitar la venida a España del contrayente; que no ha recibido dinero por ello, si bien fue ayudada en los trámites por una tía suya, doña M. G. S.

Según el informe forense ordenado por el Juez encargado, la contrayente padece una oligofrenia orgánica y su edad mental estaría en torno a los doce/quince años.

El encargado del Registro Civil Consular acordó denegar la inscripción instada por estimar que no ha existido verdadero consentimiento matrimonial.

Los promotores recurrieron frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacio-

nal de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, sobre derechos civiles y políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 54, 85, 246, 247, 256, 257, 354 y 355 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 9 de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993, 20 de enero, 30 de mayo y 22 de noviembre de 1995, 8 de enero, 22 de marzo, 27 de abril, 26 de junio y 18 de julio, 20 de septiembre, 18 y 23 de octubre de 1996.

II. El problema de los llamados matrimonios de complacencia (matrimonios «blancos» en la terminología francesa) es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a una reciente Instrucción de carácter general de la DGRN (Instrucción de 9 de enero de 1995). Mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos de facilitar la entrada, o de regularizar la estancia en territorio nacional, o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente.

III. Es indudable que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 CC). Ahora bien, la cuestión surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil, en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1253 CC). Por otra parte, ha de tenerse presente que existe una presunción general de buena fe y que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

IV. Sobre la base de las anteriores consideraciones, el primer problema que ha de abordarse es el relativo a si el encargado del Registro Civil Consular está facultado para calificar la falta de consentimiento matrimonial respecto de un matrimonio ya celebrado por un español en el extranjero según la forma autorizada por la *lex loci* (cfr. art. 49.2 CC).

V. No hay duda de que en el expediente previo al matrimonio el encargado del Registro Civil puede apreciar la falta de consentimiento matrimonial, así como cualquier otro obstáculo o impedimento para enlace (cfr. arts. 56.1 CC, 245 y 246 RRC y la Instrucción de 9 de enero de 1995), y, en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, debe denegar la celebración (cfr. art. 247 RRC). Pues bien, igualmente, cuando el matrimonio se ha celebrado ya en la forma extranjera permitida por la *lex loci*, el encargado del que se solicita la inscripción está facultado para calificar la ausencia de consentimiento matrimonial. En efecto, el artículo 65 del Código Civil ordena en estos casos al encargado que, antes de la inscripción, compruebe si concurren los requisitos legales sin excepción alguna para la celebración

del matrimonio y esta comprobación, a la que ya aludía el artículo 73 LRC, ha sido desarrollada, a la vista de la reforma del Código en 1981, por los artículos 256 y 257 RRC, modificados por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. De este modo, el matrimonio que conste por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3 RRC) es inscribible «siempre que no haya dudas en la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española», siendo título para practicar la inscripción «el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas». Resulta, pues, que el Reglamento sigue, en cuanto a la inscripción del matrimonio en este caso, el mismo criterio ya establecido para cualquier otra inscripción, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros (cfr. arts. 23.2 LRC y 85 RRC).

VI. Consiguientemente, si es necesario que no haya duda de la legalidad del matrimonio conforme a la ley española y si las declaraciones complementarias oportunas integran el título para practicar la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, la conclusión es que, del mismo modo que sucede en el expediente previo en el trámite de la audiencia, reservada y por separado, de cada contrayente (cfr. art. 246 RRC y regla 3.ª de la Instrucción de 9 de enero de 1995), también cuando el matrimonio ya se ha celebrado según la forma local el encargado puede y debe comprobar, por medio de aquellas declaraciones complementarias, si el matrimonio cumple todos los requisitos legales exigidos por el Código Civil y, entre ellos, la existencia de real consentimiento matrimonial.

VII. En el presente caso, de las declaraciones de los interesados y de los hechos comprobados no cabe duda de que la verdadera intención de los contrayentes no era otra que la de permitir el traslado y posterior residencia en España, por reunificación familiar, del esposo cubano. Esta falta de real consentimiento invalidaría el matrimonio sin necesidad de ninguna otra consideración, pero es que, además, y a mayor abundamiento, la esposa, según el informe forense, padece oligofrenia orgánica, estimando que su edad mental está en torno a los doce-quince años.

No pueden aceptarse argumentos esgrimidos por los recurrentes, tales como presuntas presiones del Juez encargado con amenaza de prisión sobre la esposa, para que hiciera unas manifestaciones en un sentido determinado, lo cual supondría una conducta censurable por parte del encargado, máxime cuando no existen pruebas de ello, y sí, precisamente, de posibles influencias y presiones ejercidas por una tía de la esposa sobre ella, presumiblemente con intención de obtener una compensación económica. En cualquier caso, estos datos, junto con el hecho del desconocimiento mutuo del que han hecho gala los contrayentes y que así se desprende de las respectivas audiencias reservadas, permiten llegar a la conclusión de que existen dudas razonables respecto de la verdadera intención para contraer matrimonio, siendo correcta por tanto la actuación del Cónsul encargado de denegar la inscripción del matrimonio civil contraído en el Registro Civil Consular.

VIII. En definitiva, el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, consagrado constitucional e internacionalmente, no tolera limitaciones, a no ser que éstas estén basadas en hechos que de por sí son determinantes para llegar a la conclusión de que no existe intención de contraer matrimonio, como es el caso ahora planteado.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

**4.3 Inscripción de matrimonio: admisibilidad. Prevalencia del *ius nubendi*: derecho fundamental que sólo puede limitarse cuando exista certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido.**

**4.3.1 Resolución de la DGRN de 18 de octubre de 1996 (1.<sup>a</sup>).**

**HECHOS:**

Con fecha 8 de abril de 1996, ante el Registro Civil Consular español en S. D. (República Dominicana), doña A. B. R., dominicana y residente en S. D., solicitó fuese inscrito el matrimonio por ella contraído en aquel país, conforme a la *lex loci*, el día 11 de mayo de 1995, con don C. M. G., español y residente en España.

De las subsiguientes actuaciones, en particular de las audiencias practicadas, separada y reservadamente, a los contrayentes resultó que: se conocieron personalmente seis días antes de la boda, si bien el interesado declaró que habían mantenido relaciones telefónicas y por correo durante cuatro años, y que ella confundió la edad e ignoraba el domicilio del contrayente.

El encargado del Registro Civil Consular acordó denegar la inscripción instada, al considerar que no concurría verdadero consentimiento matrimonial, por lo que el enlace constituía un negocio simulado, quizá encaminado a alcanzar objetivos económicos y migratorios irregulares.

El promotor recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, sobre derechos civiles y políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 54, 85, 246, 247, 256, 257, 354 y 355 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 9 de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993, 20 de enero, 30 de mayo y 22 de noviembre de 1995, 8 de enero, 22 de marzo, 27 de abril, 26 de junio y 18 de julio de 1996 y 20 de septiembre de 1996.

II. El problema de los llamados matrimonios de complacencia, matrimonios «blancos» en la terminología francesa, es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a una reciente Instrucción de carácter general de la DGRN (Instrucción de 9 de enero de 1995). Mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos de facilitar la entrada, o de regularizar la

estancia en territorio nacional, o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente.

III. Es indudable que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 CC). Ahora bien, la cuestión surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1253 CC). Por otra parte, ha de tenerse presente que existe una presunción general de buena fe y que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

IV. Sobre la base de las anteriores consideraciones, el primer problema que ha de abordarse es el relativo a si el encargado del Registro Civil Consular está facultado para calificar la falta de consentimiento matrimonial respecto de un matrimonio ya celebrado por un español en el extranjero, según la forma autorizada por la *lex loci* (cfr. art. 49.2 CC).

V. No hay duda de que en el expediente previo al matrimonio el encargado del Registro Civil puede apreciar la falta de consentimiento matrimonial, así como cualquier otro obstáculo o impedimento para enlace (cfr. arts. 56.1 CC, 245 y 246 RRC y la Instrucción de 9 de enero de 1995), y, en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, debe denegar la celebración (cfr. art. 247 RRC). Pues bien, igualmente, cuando el matrimonio se ha celebrado ya en la forma extranjera permitida por la *lex loci*, el encargado del que se solicita la inscripción está facultado para calificar la ausencia de consentimiento matrimonial. En efecto, el artículo 65 del Código Civil ordena en estos casos al encargado que, antes de la inscripción, compruebe si concurren los requisitos legales sin excepción alguna para la celebración del matrimonio, y esta comprobación, a la que ya aludía el artículo 73 LRC, ha sido desarrollada, a la vista de la reforma del Código en 1981, por los artículos 256 y 257 RRC, modificados por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. De este modo, el matrimonio que conste por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3 RRC) es inscribible «siempre que no haya dudas en la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española», siendo título para practicar la inscripción «el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas». Resulta, pues, que el Reglamento sigue, en cuanto a la inscripción del matrimonio en este caso, el mismo criterio ya establecido para cualquier otra inscripción, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros (cfr. arts. 23.2 LRC y 85 RRC).

VI. Consiguientemente, si es necesario que no haya duda de la legalidad del matrimonio conforme a la ley española y si las declaraciones complementarias oportunas integran el título para practicar la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, la conclusión es que, del mismo modo que sucede en el

expediente previo en el trámite de la audiencia, reservada y por separado, de cada contrayente (cfr. art. 246 RRC y regla 3.<sup>a</sup> de la Instrucción de 9 de enero de 1995), también cuando el matrimonio ya se ha celebrado según la forma local el encargado puede y debe comprobar, por medio de aquellas declaraciones complementarias, si el matrimonio cumple todos los requisitos legales exigidos por el Código Civil y, entre ellos, la existencia de real consentimiento matrimonial.

VII. En el caso presente, el Cónsul encargado denegó la inscripción de matrimonio instada por apreciar inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial, sino un negocio jurídico simulado con fines migratorios.

Sin embargo, de los hechos comprobados *no parece que se pueda llegar a semejante conclusión*; no cabe presumir que el marido no conociera a su esposa hasta su llegada a la República Dominicana, ya que esta afirmación queda desvirtuada por las propias manifestaciones del marido al sostener que había mantenido con su esposa contacto postal y telefónico desde hacía cuatro años; tampoco es argumento el error padecido por la esposa en cuanto a la edad y domicilio de su marido, ya que tales errores pueden no serle imputables, no siendo determinantes para apreciar si existe o no verdadero consentimiento matrimonial, sobre todo si se aprecian junto a las demás preguntas de la audiencia reservada efectuada ante el Cónsul encargado, *bastante incompletas, por otra parte, para obtener el resultado que con la misma se persigue*.

VIII. Si se tienen en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la inscripción del enlace. Ante la opción de inscribir un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, el Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario, en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso, revocar el acuerdo apelado y ordenar que se practique la inscripción de matrimonio instada.

#### 4.3.2 Resolución de la DGRN de 18 de octubre de 1996 (2.<sup>a</sup>).

##### HECHOS:

Con fecha 14 de febrero de 1996, don J. G. S., español y residente en España, solicitó del Registro Civil Consular español en B. (Colombia) la inscripción del matrimonio por él contraído el día 12 de febrero de 1996 en Colombia, según la *lex loci*, con doña G. V. Z., colombiana y residente en aquel país.

Según lo declarado por la contrayente en el curso de audiencia reservada, resultó que: los interesados se conocieron en España, durante una estancia temporal de ella, y mantuvieron relaciones durante varios meses, hasta el regreso de la interesada a Colombia.

El encargado del Registro Civil Consular, entendiendo que no se hablan acreditado los hechos alegados, acordó denegar la inscripción instada al considerar que lo actuado verdaderamente constituía un «matrimonio en blanco» (*sic*).

El promotor recurrió, frente a dicho acuerdo, ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Esta Resolución reproduce los seis primeros Fundamentos Jurídicos contenidos en la Resolución DGRN de 18 de octubre de 1996 (*vide supra*). Seguidamente añade:

VII. En el presente caso, el Cónsul encargado denegó la inscripción de matrimonio instada por estimar que se trata de un «matrimonio blanco».

Sin embargo, los hechos comprobados por medio de las declaraciones complementarias no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Las relaciones entre el español y la colombiana no se han limitado a unos pocos días, sino que se han mantenido durante varios meses y han motivado, después de su conocimiento en España, que ella volviera a Colombia y él viajara a este país para celebrar el casamiento. La voluntad de casarse ha sido claramente manifestada por ambos interesados y más aún en el recurso entablado por el contrayente. No hay datos objetivos de los que pueda deducirse el fraude, debiendo indicarse que las repetidas *declaraciones complementarias –notoriamente desenfocadas en este caso– han de ir dirigidas a la comprobación de elementos objetivos sobre los que puedan fundarse las sospechas de simulación, prescindiendo de los motivos particulares que inducen a los interesados a fundar una familia, pues su indagación invadiría la esfera de su intimidad personal, constitucionalmente protegida.*

VIII. Si se tienen en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la inscripción del enlace. Ante la opción de inscribir un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, el Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso, revocar el acuerdo apelado y ordenar que se practique la inscripción de matrimonio instada.

#### 4.3.3 Resolución de la DGRN de 23 de octubre de 1996 (2.ª).

#### HECHOS:

Ante el Registro Civil Consular español en S. D. (República Dominicana), don I. A. F., nacido en 1929, español y residente en España, solicitó que fuese



inscrito el matrimonio que contrajo el día 5 de enero de 1996, en la República Dominicana, y conforme a la *lex loci*, con doña M. R. L., nacida en 1955, dominicana y residente en aquel país.

Practicadas las oportunas audiencias, por separado y reservadamente, a los promotores por el Cónsul General de España en S. D., el promotor fue también oído por el Juez de Paz de su domicilio en C. (España). De lo declarado por los interesados en el curso de dichas audiencias resultó que se habían conocido personalmente tres días antes de celebrarse el enlace, si bien se habían relacionado por teléfono desde unos meses antes, y que ella desconocía el domicilio de él.

El citado Juez de Paz emitió informe apreciando verdadero propósito de contraer matrimonio en don I. A. F.

El encargado del Registro Civil Consular acordó denegar la inscripción instada al estimar inexistencia de un claro consentimiento matrimonial y que el enlace constituía un negocio simulado quizá encaminado a alcanzar objetivos económicos y migratorios irregulares.

Los promotores recurrieron frente a dicho auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Esta Resolución reproduce los seis primeros Fundamentos Jurídicos contenidos en las Resoluciones de 18 (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>) de octubre de 1996 (*vid. supra*). Seguidamente añade:

VII. En el presente caso, el Cónsul encargado denegó la inscripción de matrimonio instada por entender que no existía verdadero consentimiento matrimonial, sino un negocio jurídico simulado con fines migratorios.

Sin embargo, de las declaraciones de los propios interesados y de los hechos comprobados no parece que se pueda llegar a semejante conclusión; no cabe presumir que el marido no conociera a su esposa hasta de su llegada a la República Dominicana, ya que esta afirmación queda desvirtuada por las propias manifestaciones del marido al declarar que había conocido a su esposa a través de su hermana y mantenido con aquélla desde hacía tiempo contacto postal y telefónico, llegando el Juez encargado a la conclusión de que existía verdadero propósito de contraer matrimonio. Tampoco es argumento el desconocimiento de la esposa del domicilio de su marido, ya que ni tal desconocimiento, ni la diferencia de edad o el hecho de que el contrayente español no hubiera visitado antes de casarse la República Dominicana, son determinantes para apreciar si existe o no real consentimiento matrimonial, sobre todo si se aprecian junto a las demás preguntas de la audiencia reservada efectuada ante el Cónsul encargado, *bastante incompleta, por otra parte, para obtener el resultado que con la misma se persigue.*

VIII. Si se tienen en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicia de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en casos de *dada*, no poner trabas a la inscripción del enlace. Ante la opción

de inscribir un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, el Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso, revocar el acuerdo apelado y ordenar que se practique la inscripción de matrimonio instada.

#### 4.3.4 Resolución de la DGRN de 23 de octubre de 1996 (3.<sup>a</sup>).

##### HECHOS:

Con fecha 23 de abril de 1996, don I. M. S., español y residente en España, solicitó del Registro Civil Consular español en S. D. (República Dominicana) la inscripción del matrimonio que contrajo el día 20 de abril de 1996, en la República Dominicana y conforme a la *lex loci*, con doña G. R. B., dominicana y residente en aquel país.

De las subsiguientes actuaciones, en particular de las audiencias practicadas, por separado y reservadamente, a los interesados resultó que: ella desconocía la fecha de nacimiento y el nombre de los padres del contrayente; que se conocieron personalmente cinco días antes de la boda, si bien habían mantenido contacto postal y telefónico desde hacía algún tiempo, pues la madre de ella trabaja en España en el negocio de don I. M. S.; que éste llegó a la República Dominicana provisto de la documentación precisa para contraer matrimonio.

El encargado del Registro Civil Consular *acordó* denegar la inscripción instada al considerar que no concurría verdadero consentimiento matrimonial, por lo que el enlace constituía un negocio simulado, realizado en fraude de ley y quizá encaminado a alcanzar objetivos económicos y migratorios irregulares.

Los promotores recurrieron dicho acuerdo ante la DGRN.

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Esta Resolución reproduce los seis primeros Fundamentos Jurídicos contenidos en las Resoluciones de 18 (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>) de octubre de 1996 y 23 (2.<sup>a</sup>) de octubre de 1996 (*vide supra*). Seguidamente añade:

VII. En el presente caso el Cónsul encargado denegó la inscripción de matrimonio instada por entender que no existía verdadero consentimiento matrimonial, sino un negocio jurídico simulado con fines migratorios.

Sin embargo, de las declaraciones de los propios interesados y de los hechos comprobados no parece que se pueda llegar a semejante conclusión; no cabe presumir que el marido no conociera a su esposa hasta de su llegada a la República Dominicana, ya que esta afirmación queda desvirtuada por las propias manifestaciones del marido al declarar que había conocido a su esposa a través de su madre, que trabaja como empleada suya y mantenido con aquélla desde hacía

tiempo contacto postal y telefónico, llegando el Juez encargado a la conclusión de que existía verdadero propósito de contraer matrimonio. Tampoco es argumento el desconocimiento de la esposa del domicilio de su marido, de su fecha de nacimiento o el nombre de sus suegros, ya que ni tal desconocimiento, ni la diferencia de edad o el hecho de que el contrayente español no hubiera venido antes de casarse a la República Dominicana, son determinantes para apreciar si existe o no verdadero consentimiento matrimonial, sobre todo si se aprecian junto a las demás preguntas de la audiencia reservada efectuada ante el Cónsul encargado, *bastante incompleta, por otra parte, para obtener el resultado que con la misma se persigue.*

IX. En definitiva, el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, consagrado constitucional e internacionalmente, no tolera limitaciones infundadas, basadas en hechos que de por sí no son determinantes para llegar a la conclusión de que no existe intención de contraer matrimonio, sino tan sólo meros indicios, por otra parte ciertamente subjetivos, que pueden hacer creer que no hay tal voluntad efectiva. Como ya ha tenido ocasión de poner de manifiesto el Centro Directivo, ante la opción de inscribir un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius nubendi*, debe elegirse la primera alternativa sobre todo en casos, como el que es objeto de recurso, en el que la denegación de este derecho no se funda en una certeza racional absoluta del obstáculo o impedimento legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso, revocar el acuerdo apelado y ordenar que se practique la inscripción de matrimonio instada.

## 5. NACIONALIDAD

### 5.1 Adquisición de la nacionalidad española por razón de tutela: denegación. Institución conceptuada como tutela por legislación extranjera, que no se corresponde con la prevista en el ordenamiento jurídico español.

**Resolución de la DGRN de 20 de julio de 1996.**

#### HECHOS:

Con fecha 28 de septiembre de 1989, don I. O. A., español, nacido en Guinea Ecuatorial, mayor de edad y residente en España, solicitó del Registro Civil Central que fuese inscrito el nacimiento, como españoles, de cuatro hermanos guineanos, nacidos en Guinea Ecuatorial, de padres guineanos, entre los años 1970 y 1978.

De la documentación aportada por el promotor parece deducirse que, mediante acto formalizado en Guinea, en presencia de determinada autoridad guineana y de un testigo, los padres biológicos de los cuatro hermanos mencionados convinieron en nombrar al promotor tutor de éstos. Sin embargo, y a pesar de los requerimientos del Juez encargado del Consulado guineano en Madrid solicitando información al respecto, no quedaron debidamente acreditados ni los requisitos exigidos por las leyes guineanas para constituir la tutela, ni cuáles son los efectos de ésta conforme a tales leyes.

Finalmente, el día 3 de abril de 1996 el Juez encargado acordó denegar las inscripciones de nacimiento instadas, por no haber llegado a probarse que los hermanos de nacionalidad guineana estén o hayan estado bajo la patria potestad o la tutela de un español.

El promotor recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 19 del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 51/1982; 12, 108, 154, 169, 170 y 222 del Código Civil; 15, 16 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66 y 68 del Reglamento del Registro Civil, y la Circular de 16 de mayo de 1983.

II. Puesto que se ha solicitado la inscripción de nacimiento de cuatro hermanos nacidos en Guinea Ecuatorial, guineanos e hijos de guineanos, el único punto de conexión que justificaría su derecho de opción es la circunstancia de que su «tutor» era entonces de nacionalidad española. La opción por razón de tutela, suprimida por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, beneficiaba, a partir de los catorce años de edad y en determinados plazos, a los extranjeros sujetos a la tutela de un español, según lo que establecía en esas fechas el artículo 19 del Código Civil.

III. Tanto la tutela como la patria potestad que mencionaba ese artículo 19 y hoy el artículo 20 del Código Civil, son instituciones que han de ser calificadas con arreglo a la Ley española (cfr. art. 121 CC). Tratándose, en efecto, de un derecho a adquirir la nacionalidad española, los presupuestos de hecho para el ejercicio de este derecho han de ser, sin duda, los previstos por la legislación española. No toda relación que para un Derecho extranjero sea conceptuada como tutela o como patria potestad ha de bastar para que sea posible la opción a la nacionalidad española, sino solamente aquellas relaciones que se correspondan con las situaciones que desencadenan en España las indicadas instituciones de protección.

IV. La tutela ordinaria de los menores de edad es una figura que, en el ordenamiento español, presupone la inexistencia o privación judicial de la patria potestad (cfr. arts. 169, 170 y 222 CC). Por esto, y aunque los efectos del nombramiento según las leyes guineanas no hayan quedado aclarados, no puede bastar para el ejercicio de la opción a la nacionalidad española un acta de consejo familiar por la que los padres en vida designan como tutor de sus hijos menores a un español. Por las mismas razones, la delegación de la patria potestad si es que esta delegación está conectada con esa designación no es suficiente para el ejercicio de la opción, pues ésta presupone que el optante, como hijo por naturaleza o adoptivo, está sujeto a la patria potestad de un español (cfr. arts. 108 y 154 CC).

V. Por lo demás, tratándose de nacimientos acaecidos fuera de España y que no afectan realmente, según la Ley española, al estado civil de ningún español, tales nacimientos no pueden ser inscritos en nuestro Registro Civil (cfr. arts. 15 LRC y 66 RRC).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso.

## 5.2 Recuperación de la nacionalidad española. Dispensa del requisito de residencia en territorio español. Concepto de emigrante

Resolución de la DGRN de 2 de septiembre de 1996 (1.ª)

### HECHOS:

Con fecha 1 de febrero de 1996, ante el Cónsul General de España en R. de J. (Brasil), doña M. M. M., brasileña y residente en aquel país, manifestó su voluntad de recuperar su nacionalidad española de origen sin renunciar a la nacionalidad brasileña, adquirida por naturalización en 1967.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil español del lugar de nacimiento de la interesada, el Juez encargado denegó la inscripción instada al estimar que no había quedado acreditada la obtención de la dispensa de residencia en España.

La promotora impugnó ante la DGRN la calificación efectuada, alegando que su naturalización como brasileña fue debida a motivos laborales. Al elevar lo actuado al Centro Directivo, el Juez encargado significó que si la condición de emigrante de la interesada no manifestada anteriormente por ésta pudiera estimarse, la solicitud deducida debería ser favorablemente acogida.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 26 del Código Civil, en su redacción conforme a la Ley 29/1995, de 2 de noviembre; 46 y 64 de la Ley del Registro Civil, y 226 a 229 y 342 del Reglamento del Registro Civil.

II. La única cuestión que se plantea en este recurso es la de si puede inscribirse en el Registro Civil una recuperación de la nacionalidad española en la que, a juicio del encargado del Registro Civil competente, no se ha acreditado la obtención del requisito de dispensa de residencia.

La solución, a la vista de la nueva redacción dada al artículo 26 del Código Civil por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, debe de ser forzosamente positiva, al haberse suprimido el requisito de la residencia legal en España respecto de la recuperación por los emigrantes y sus hijos.

III. Conviene advertir que no es preciso, como se deduce del informe emitido por el Juez encargado, justificar el carácter de emigrante para la aplicación del precepto, ya que obviamente merecen tal consideración todos aquellos que, habiendo nacido en España, viven en otro país. Por lo tanto, acreditado el nacimiento en España de la interesada y una vez efectuada en el extranjero la manifestación de voluntad de querer recuperar la nacionalidad española ante el Cónsul competente, no debe haber ningún obstáculo para hacer constar tal recuperación al margen de la inscripción de nacimiento (cfr. art. 46 CC).

La Dirección General *acordó* estimar el recurso, revocar la calificación recurrida y ordenar que se inscriba la recuperación de la nacionalidad española por la promotora.

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias comentadas

### Venta del bien arrendado al arrendatario: extinción del arrendamiento por confusión

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 18 de julio de 1996)

**MARÍA DOLORES ARIAS DÍAZ**

Profesora de Derecho Civil.  
Universidad de Málaga

#### HECHOS

La empresa Transportes de viajeros «L. V., S. A.», realizó un contrato verbal de arrendamiento de autobuses con la demandada, que supuso el disfrute y la tenencia por parte de ésta de autobuses, pagando ésta cantidades en concepto de rentas y adeudando otras no pagadas en el transcurso del arrendamiento, por valor de 11.795.840 pesetas. Estando vigente el arrendamiento, arrendadora y arrendataria, realizan un contrato de compraventa mediante el cual la arrendataria compra a la arrendadora los autobuses que tenía en su posesión.

Posteriormente, cuando la actora reclama las rentas pendientes de los alquileres devengados antes de la extinción del contrato de arrendamiento, la demandada se niega a pagar, alegando que dicha deuda se extinguió por confusión.

Se interpuso demanda ante el Juzgado número 4 de Pamplona que la estimó, condenando a la demandada al pago de 11.795.840 pesetas.

La Audiencia desestimó la apelación de la demandada.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

#### COMENTARIO

La presente sentencia es demostrativa de la falta de claridad de ideas que tienen nuestros Tribunales respecto del tema de la confusión como institución recogida en el artículo 1192 de nuestro Código Civil. Son pocas las sentencias que se dan sobre este tema, pero adolecen, casi todas ellas, de una falta de profundización de lo que, en realidad, supone y significa la extinción de una obligación por una circunstancia tan cualificada como la reunión en la misma persona de las cualidades de deudor y acreedor.

De las diversas cuestiones que podríamos citar al respecto de la caótica sentencia que comentamos, vamos a centrar nuestra atención en dos que nos interesan especialmente:

1.º El modo de extinción de la primera relación contractual entre las partes: el contrato de arrendamiento de autobuses.

2.º Las consecuencias jurídicas de dicha extinción en lo que respecta, sobre todo, al tema de las rentas ya devengadas y pendientes de pago por el arrendatario, convertido en comprador y adquirente de los autobuses.

Podemos apreciar, por lo que se refiere a la primera cuestión planteada, cómo los Tribunales, en las diversas instancias, no parecen ponerse de acuerdo en cuál sea la causa que extingue el contrato de arrendamiento verbal de autobuses que existía entre las partes en litigio.

De una parte, la sentencia de la Audiencia, y así lo recoge el Tribunal Supremo en los Fundamentos de Derecho, declara que la deuda que se devengó como consecuencia del contrato de arrendamiento, no quedó extinguida por confusión, ni por ningún otro medio de extinción de obligaciones, ya que subsiste. Hasta aquí estamos conformes con la Audiencia, y con el propio Tribunal Supremo que falla en el mismo sentido que aquélla, a este respecto; en cambio, no podemos coincidir con otras afirmaciones coetáneas que se realizan en las sentencias, y cuyo comentario nos va a servir para intentar aclarar la «confusión» que hay en las mismas:

La sentencia de la Audiencia afirma, en su fundamento de derecho primero, que al no existir compraventa del patrimonio entero de la sociedad vendedora, aunque se adquirieran los vehículos por la arrendataria, no se produjo extinción por confusión de la renta pendiente de alquileres. Ello equivale a afirmar que la venta del patrimonio de una sociedad al arrendatario hubiese tenido como consecuencia la realización del supuesto de hecho del artículo 1192 del Código Civil: coincidencia en la misma persona de las cualidades de deudor y acreedor de la misma obligación. Aplicándolo al caso que nos ocupa, se extinguiría la obligación del pago de rentas pendientes porque el arrendatario, al comprar todo el patrimonio de la sociedad arrendadora, asumiría también sus créditos, y, por tanto, entre éstos, también el crédito del cual era ella deudora.

En nuestra opinión el razonamiento de la Audiencia es equivocado porque no tiene en cuenta que la deuda pendiente por los alquileres se extingue por otros medios recogidos también en nuestro ordenamiento jurídico. Y es que cuando las partes se reúnen y acuerdan la compraventa del patrimonio de una sociedad, qué duda cabe que existe una voluntad manifiesta, expresa o implícita, de las mismas para que se extingan esos créditos pendientes. Pero como consecuencia no de una confusión, sino de cualquier otro modo autónomo y distinto de ésta, por ejemplo, por condonación, tácita o expresa, por compensación, pues lo más probable es que en el precio estipulado se halle incluido ese crédito, etc... Lo que será deseable en estos casos es que el jurista tenga claro que la confusión ha de utilizarse y mantenerse como figura autónoma para los supuestos de extinción de obligaciones, y que sólo operará en ausencia de una voluntad negocial de las partes para extinguir la obligación. En nuestro libro *La confusión como modo de*

*extinción de las obligaciones* defendemos que son presupuestos básicos para que exista confusión los de sucesión de una de las partes de la obligación en la contraria, que dicha sucesión sea *mortis causa*, y que lo sea, además, a título universal. Por ello, estimamos, que, si no concurren estos requisitos, si, como ocurre en el caso analizado, lo que existe es una voluntad contractual de las partes para extinguir una obligación preexistente, la extinción no se producirá por confusión.

Entender lo contrario supondría desvirtuar la confusión como modo especial y diferenciado de extinción de obligaciones, e identificarlo, de hecho, con la compensación, el mutuo disenso o la novación (como hacen en esta sentencia los tribunales). Lo cierto es que, como hemos intentado demostrar en nuestro trabajo, la justificación tradicional de la confusión (imposibilidad lógica de que un mismo sujeto ocupe las dos posiciones contrapuestas en una relación obligatoria), ha de ser hoy día puesta en tela de juicio; pero es igualmente cierto que nadie hasta el momento, ni en España ni en otros países, ha propugnado una revisión general de la figura, hasta el punto de suprimirla, por ser identificable con los otros modos de extinción de obligaciones. Mientras eso no suceda, creemos que la única forma de dar un ámbito de operatividad a la confusión consiste en propugnar que tal modo extintivo se caracteriza por no intervenir para su producción voluntad ninguna extintiva, al menos no de forma directa (sí indirecta: mediante aceptación de una herencia), y, además, por verse limitada a la sucesión *mortis causa*, y no *inter vivos* en un patrimonio o masa de bienes.

El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho octavo, vuelve a citar una doctrina jurisprudencial que señala que la venta del bien arrendado hecha al arrendatario extingue el contrato de arrendamiento, y lo extingue, por confusión de las figuras de arrendador y arrendatario en la misma persona.

Nada tiene que ver, en nuestra opinión, la venta del bien arrendado al arrendatario con la confusión del artículo 1192 del Código Civil. Desde el momento en que arrendador y arrendatario se ponen de acuerdo para realizar el contrato de compraventa, manifiestan, de forma expresa o tácita, su voluntad de extinguir la anterior relación obligatoria. Y no será la confusión la que la extinga, sino otro modo de extinción más específico y ajustado al supuesto de hecho real.

En la sentencia que comentamos, la extinción del contrato de arrendamiento verbal pudo producirse por dos causas de extinción:

- 1.<sup>a</sup> Pudo extinguirse por el mutuo disenso de las partes.
- 2.<sup>a</sup> Es posible que se trate de una novación extintiva.

Por lo que se refiere a la primera posibilidad contemplada, es fácil pensar que arrendador y arrendatario, antes o en el mismo momento de realizar el contrato de compraventa de los autobuses, eran conscientes de que ello iba a extinguir, o, mejor dicho, eran conscientes y querían con ello extinguir el contrato anterior. Probablemente la compraventa se realizó por el comprador para evitar el pago mensual de las rentas en aras de una simplificación de los desembolsos patrimoniales periódicos. Qué duda cabe, que la intención de las partes en este caso, era la de que se extinguiese el contrato de arrendamiento existente. Coincide esta interpretación, además, con la reciente doctrina sobre mutuo disenso (*El*



*mutuo disenso*, de Núñez Boluda, Madrid, 1996), que señala la admisión del mutuo disenso tácito, incluso por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que admite que determinados actos, pueden ser interpretados como una voluntad de mutuo disenso por las partes; así, por ejemplo, Sentencias de 11 de febrero y 21 de mayo de 1982, no siendo necesaria, además, ninguna forma especial para el mutuo disenso, en base al principio general de libertad de forma que recoge nuestro Derecho positivo.

Si admitiéramos que en el supuesto estudiado se extinguió el arrendamiento por mutuo disenso, será preciso atender a los efectos que producirá entre las partes este acuerdo mutuo de extinción. En una obligación o contrato de prestación única, no habría problema, ya que es unánime la doctrina en admitir que los efectos del mutuo disenso serán los de recuperación de lo entregado o realizado por ambas partes (en su caso); eso sí, desapareciendo cualquier idea de incumplimiento (ya no tiene sentido) o de indemnización.

Un contrato de arrendamiento, sin embargo, es un contrato *de tracto* sucesivo, y ello puede plantear mayor dificultad a la hora de dilucidar los efectos de un mutuo disenso entre las partes, dado que éstas nada acuerdan al respecto. Díez-Picazo (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1993, p. 890) señala que en estos casos debe entenderse, salvo pacto en contrario, que la extinción de la obligación se produce *ex nunc*, lo que significa que perviven los efectos contractuales producidos hasta el momento en que se da la misma.

La segunda posibilidad que apuntamos sería la de que estamos ante una extinción del contrato de arrendamiento de autobuses derivada de una novación extintiva. Y vamos a decir, de entrada, que éste será el modo que provocará la extinción del contrato: la institución jurídica más acorde, de las reguladas en el Código Civil, y que se ajusta mejor a los hechos que promovieron el litigio.

Existe, una primera obligación y, posteriormente a ésta, se crea otra nueva, sobre el mismo objeto, que la sustituye o deroga. Y esta derogación o extinción de la anterior se da, en este caso, de forma tácita; esto es, no hay un acuerdo expreso de las partes en cuanto a la suerte de la obligación primitiva, pero la propia naturaleza del nuevo contrato va a suponer lo que la doctrina y el propio artículo 1204 del Código Civil denominan incompatibilidad entre ambas obligaciones. Esta incompatibilidad es interpretada por nuestra doctrina como una presunción de *animus novandi*, que tendría, necesariamente, como consecuencia, la extinción de la obligación primitiva y el mantenimiento de la nueva. Díez-Picazo (*Fundamentos...*, p. 799) señala cómo la incompatibilidad tiene que ser por naturaleza, lo cual significa que las obligaciones deben pertenecer a tipos negociales distintos, examinando, para ello, no sólo la causa, sino la relación contractual en su conjunto.

No debe plantearnos, en este caso, especial dificultad el tema de la objetiva incompatibilidad entre la obligación antigua y la nueva, ya que queda perfectamente clara la imposibilidad de subsistencia de la primera obligación, cuya extinción, por otra parte, no se discute en el pleito.

En nuestra opinión, y dado que, en principio, ambos supuestos de extinción examinados podrían predicarse de los hechos que se analizan en la sentencia, deberemos elegir, de entre ellos, el más acorde, el que mejor case y se ajuste a estos hechos que se dieron en la vida real. Para ello, y a falta de datos sobre la

voluntad de las partes en ambos contratos, baste decir que entre un contrato de mutuo disenso, que, como sabemos, sirve para terminar y liquidar una relación jurídica preexistente, y una novación extintiva tácita, mediante la que un acuerdo de voluntades extingue una relación obligatoria creando otra distinta de la anterior e incompatible con la misma, nos quedamos con esta última figura por parecernos mucho más específica y ajustada al caso concreto.

Por lo que respecta al segundo tema que se planteó al principio de este comentario, esto es, qué va a ocurrir con las rentas ya devengadas antes de la extinción del contrato de arrendamiento, dado lo que acabamos de exponer sobre el modo de extinción de éste, coincidimos plenamente con la solución que da el Tribunal Supremo: las rentas, ya que nada se especificó a este respecto por las partes (que podían haber reglamentado cualquier solución a este tema en el negocio novatorio), constituyen una deuda líquida, vencida y exigible, nacida en un contrato de *tracto* sucesivo y en un momento en que el arrendamiento producía plenos efectos, y que, como cualquier otra, podrá reclamar el acreedor, con total independencia del nuevo contrato suscrito *a posteriori*.

Para terminar este breve comentario, decir que se hace necesaria la distinción de la confusión de otras formas de extinción de obligaciones, operando aquélla, solamente, en nuestra opinión, en los presupuestos antes señalados: sucesión *mortis causa*, a título universal, de una de las partes de la obligación en la otra (ABRIL CAMPOY, en su libro *La confusión de derechos*, Valencia, 1995, señala algún supuesto *inter vivos*, pp. 68 ss., de dudosa admisión, en nuestra opinión). Es necesario mantener la confusión como figura autónoma de extinción no voluntaria de obligaciones, significando esto que no admitiremos que se trate de confusión cuando exista voluntad de las partes de extinción de la obligación, pues no entraríamos dentro del supuesto de hecho del artículo 1192 de nuestro Código, sino que se tratará de otra forma de poner fin a la obligación como la condonación, compensación, mutuo disenso, novación, etc., expresamente recogidos en nuestro Derecho para los supuestos de acuerdo negocial de extinción de las partes en la relación obligatoria.



# Contrato de asunción de deuda: inexistencia del consentimiento del acreedor. Efectos de este contrato

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1996)

**ANTONIO GÁLVEZ CRIADO**

Colaborador del Departamento de Derecho Civil.  
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia.*—II. *Comentario:* 1. Introducción. 2. El consentimiento del acreedor: especial referencia a la forma tácita. 3. La ausencia del consentimiento del acreedor: la asunción de cumplimiento.

## I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Constituyen los hechos relevantes de esta sentencia los siguientes: los señores don Joaquín C. R., don Mateo G. L., don Narciso P. G. y don Enrique D. A. aparecen como avalistas de un préstamo del que resulta ser acreedor el Banco de «F, S. A.».

En el contrato suscrito el 16 de enero de 1990, los señores don Juan L. C. y don Juan Carlos H. M., Presidente y Vicepresidente, respectivamente, del Real Jaén Club de Fútbol, declaran asumir, en su propio nombre, y también en el de la entidad a la que representan, la deuda de los señores citados al principio (todos ellos contratantes en este segundo contrato), tanto en su principal (14.000.000 de pesetas), como en los intereses devengados hasta ese momento y los que pudieran devengarse en el futuro. Por ello, manifiestan en este contrato que, en lo sucesivo, las posibles acciones a que pudiera dar lugar el citado contrato de préstamo se dirijan contra ellos y no contra los avalistas, a quienes declaran liberados de toda obligación y responsabilidad en relación al acreedor.

No consta el consentimiento de este último para que se produzca el cambio de deudores que pretenden llevar a cabo los avalistas y los asumentes (el Real Jaén y su Presidente y Vicepresidente), y una vez obtiene el cobro de su deuda, según parece, por parte de los avalistas, se entabla juicio entre aquéllos. En primera instancia la demanda de don Joaquín, don Mateo, don Narciso y don Enrique exigiendo las cantidades a que se habían obligado los demandados es desestimada. Recurrida esta sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Jaén estima parcialmente la demanda condenando a los demandados, don Juan, don Juan Carlos y el Real Jaén,

al pago de aquellas cantidades reclamadas. Don Juan y don Juan Carlos interponen sendos recursos de casación, que dan lugar a la presente sentencia.

El tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos interpuestos.

La presente sentencia reitera la doctrina sentada con anterioridad sobre la modificación subjetiva de la relación obligatoria en su lado pasivo y sobre la calificación jurídica del negocio mediante el cual las partes pretenden, en el presente caso, llevar a cabo el cambio de deudor.

El Tribunal califica, con acierto, a este negocio jurídico como un contrato de asunción de deuda por medio del cual los asumentes se obligan a cumplir una deuda derivada de un negocio jurídico (en este caso, un contrato de préstamo), liberando a los antiguos deudores.

Como queda sentado en esta sentencia, se trata de un contrato atípico concertado en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), pero al que le son aplicables, en su caso (por analogía, aunque no se diga expresamente) las normas reguladoras de la novación; instituto mediante el cual se lleva a cabo en nuestro Derecho el cambio de deudor.

Entre estas normas, que le son aplicables, el presente caso sólo se detiene en una de ellas: el artículo 1205, que exige el consentimiento del acreedor para que el contrato de asunción de deuda tenga eficacia frente al acreedor y se tenga por producida la modificación subjetiva pasiva de la obligación por cambio de deudor.

Como no consta en ningún momento tal consentimiento, el contrato celebrado entre los asumentes y los deudores sólo produce unos efectos inter partes que no afectan al acreedor (que no adquiere ningún derecho en consecuencia). Por ello, no se tratará de una asunción de deuda sino de una asunción de cumplimiento mediante la cual los asumentes quedan obligados, frente a los deudores, a satisfacer en tiempo al acreedor (prestación a tercera persona).

## II. COMENTARIO

### 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que comentamos viene a ratificar, como ya quedó dicho, la doctrina del Tribunal Supremo favorable a la admisión en nuestro Derecho, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, de una de las formas mediante las cuales un tercero puede asumir una deuda ajena: el llamado contrato de asunción de deuda<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre la modificación subjetiva de la relación obligatoria, en general, véase: ADAME MARTÍNEZ, M. A.: *Asunción de deuda en Derecho civil*, Ed. Comares, Granada, 1996; ALEJO DE CERVERA: «En torno al futuro de la novación» en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1976; AZURZA: «Notas sobre novación», *RDP*, 1950; BIGIAMI, W.: «Novación y sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código Civil italiano», trad. de Beltrán de Heredia, *RDP*, julio-agosto 1943; DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1993; ENNECERUS, L.: «Derecho de obligaciones», en el *Tratado de Derecho Civil de Ennecerus, Kipp y Wolff*, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Pérez González y Alguer, vol. I (doctrina general), Bosch, Barcelona, 1954;

Se trata de un contrato celebrado entre el deudor y un tercero (el asumente) mediante el cual este último se obliga a «ocupar» la posición de aquél pasando a ser el nuevo deudor, produciéndose al mismo tiempo la liberación del primero. Para que este contrato sea eficaz frente al acreedor es preciso que concurra su consentimiento al cambio de deudor.

Normalmente, y ejemplo de ello es esta sentencia, esta forma de asumir una deuda ajena no suele aparecer en la práctica como un contrato cuyo único contenido es precisamente éste, sino que suele ser una cláusula añadida a un contrato con un contenido más amplio. Habitualmente suele tratarse de la enajenación de una industria, de una explotación o de un patrimonio en general, documentada en un contrato escrito en el cual aparece una cláusula mediante la cual el adquirente se obliga a hacerse cargo (asume) el pasivo de la industria, de la explotación o del patrimonio; pasivo que previamente ha sido rebajado del precio de enajenación.

Este es el caso típico al que deben enfrentarse los tribunales cuando surgen desavenencias entre las distintas partes implicadas, a saber: el deudor antiguo, y el asumente o nuevo deudor, y que éste sea el caso típico explica dos claras realidades: la primera, que el contrato de asunción de deuda es el mecanismo más utilizado para llevar a cabo una sustitución de deudores en nuestro Derecho; la segunda, el escaso detenimiento de la jurisprudencia en el estudio de su régimen jurídico y, en consecuencia, de la determinación de las concretas normas del Código Civil que pueden serle aplicables, pues los tribunales, y específicamente el Tribunal Supremo, no suelen ir más allá de averiguar si ha concurrido o no el consentimiento del acreedor, de forma que si concurrió se lleva a cabo la sustitución de un deudor por otro, y si no concurrió se reconoce a este contrato unos efectos meramente *inter partes*, resultando ineficaz frente al acreedor.

Las otras posibles formas de asumir una deuda son la delegación y el convenio expromisorio. La primera consiste en una invitación o un mandato dado por el deudor a un tercero para que éste se obligue frente al acreedor a realizar el deber de conducta al que hasta entonces estaba obligado él (el deudor), produciéndose su liberación tan pronto acaezca el consentimiento del acreedor en este sentido. La expromisión, por su parte, se caracteriza por ser un acuerdo directo entre el tercero-asumente y el acreedor en cuya virtud aquél asume la deuda del deudor antiguo, que queda liberado en el acto aunque desconozca o se oponga a este acuerdo.

Por tanto, mientras que tanto la delegación como el contrato de asunción de deuda son mecanismos trilaterales de asunción de deuda (intervienen el deudor

---

GARCÍA AMIGO, M.: «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *RDP*, 1963; *idem*: *La cesión de contrato en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964; GARCÍA VALDECASAS, E.: «La sucesión en las deudas a título particular», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje del profesor Castán Tobeñas*, ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969; GHOZI, ALAIN: *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Librairie generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980; MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español* tomo VIII, vol. I, Madrid, 1967; MEDICUS, D.: *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I y II, edición española a cargo de Ángel Martínez Sarrión, Ed. Bosch, Barcelona, 1995; OERTMANN, P.: «Transmisión de las obligaciones», traducido del alemán por W. Rocas, *RDP*, 1923; SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XVI, vol. I, Edersa, Madrid, 1980; *idem*: «La novación de las obligaciones en el Derecho español», *RCDI*, enero-febrero 1962; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G.: «Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español», *La Ley*, 1987-4.

antiguo, el asumente o nuevo deudor y el acreedor), la expromisión se presenta como un acuerdo bipartito entre asumente y acreedor sin intervención alguna por parte del deudor antiguo.

Estas formas son, en general, las reconocidas y reguladas, con mayor o menor detenimiento según los casos, en los ordenamientos jurídicos que tienen una mayor influencia sobre el nuestro. Así, en el *Codice Civile*, en los artículos 1268 a 1276 se recogen la *delegazione*, la *expromissione* y el *acollo* (equivalente a nuestro contrato de asunción de deuda) y su régimen jurídico; el BGB, en los párrafos 414 y siguientes regula dos formas de asunción de deuda (*Schuldübernahme*), una en el 414, que se caracteriza por tratarse de un contrato entre el acreedor y un tercero (nuestra expromisión), y otra en el 415 caracterizada por ser un contrato entre el deudor y el tercero al que presta su consentimiento el acreedor.

Sin embargo la regulación positiva del cambio de deudor en el Derecho español se ha llevado a cabo siguiendo el modelo francés, es decir, asociando el cambio de deudor al instituto de la novación romana. La palabra «novar» significa crear algo nuevo, y aplicado a nuestro campo de estudio, significa sustituir una obligación por otra. De acuerdo con el Derecho Romano la modificación subjetiva de una obligación por cambio de la persona del deudor sólo puede llevarse a cabo a través del instituto de la novación, que lleva consigo la extinción de la obligación anterior (en la que la parte pasiva era ocupada por el antiguo deudor) y el nacimiento de otra nueva en su lugar (ocupando ahora la parte pasiva el nuevo). El binomio extinción-nacimiento es inseparable de la novación romana.

Esta idea se recoge en el Code Napoléon en los artículos 1271 a 1281, dedicados a la novación como uno de los modos de extinción de las obligaciones enumerados en el 1234, bien entendido que no sólo el cambio de deudor es un supuesto de novación sino también la modificación de la obligación en la parte activa (por cambio del acreedor) o la modificación de algunos elementos objetivos de la obligación (novación objetiva).

Nuestro Código Civil, como hemos dicho, sigue esta misma línea enumerando a la novación como un supuesto de extinción de las obligaciones (art. 1156) y llevando a cabo su regulación, muy deficiente por cierto, en la sección 6.ª del capítulo IV del libro IV (De las obligaciones y contratos), en los artículos 1203 a 1208. Son aplicables a la novación subjetiva los artículos 1203.2 (se refiere a la sustitución de la persona del deudor en general), 1205 (dedicado al consentimiento del acreedor en el convenio expromisorio, pero aplicable a todo supuesto en que se produzca esta modificación de la obligación), 1206 (sobre la insolvencia del nuevo deudor), 1207 (régimen de las obligaciones accesorias) y 1208 (nulidad de la nueva obligación).

Sin embargo, en nuestro país es ya clásica la polémica en torno a la novación subjetiva por cambio de deudor (extensible también a los otros supuestos de novación) sobre si esta institución tiene para nosotros el mismo significado que tenía en el Derecho Romano, es decir, si el cambio de deudor conlleva siempre la extinción de la antigua obligación y el nacimiento de otra nueva en su lugar, o es posible hablar de una sustitución de la persona del deudor permaneciendo intacta la primera obligación<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La opinión favorable al cambio de deudor sin recurrir al instituto de la novación es una idea muy depurada ya en el Derecho comparado, fundamentalmente en Alemania,

No nos vamos a detener a profundizar en esta polémica, y ello porque hoy en día se nos antoja absolutamente irrelevante y falta de interés. Ello es así porque, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes cuentan con amplísimas posibilidades de configurar las consecuencias jurídicas del cambio de deudor dentro, por supuesto, de los límites del artículo 1255, y muy especialmente, respetando los derechos de terceras personas que no consienten o no forman parte del negocio jurídico mediante el cual se lleva a cabo esta modificación subjetiva de la obligación. Es más, el régimen jurídico de lo no previsto por los contratantes en uso de su libertad contractual no depende de si la sustitución del deudor conlleva o no la extinción de la primitiva obligación sino de la razonable y legal armonía entre esta libertad contractual y la protección de los intereses de aquellos terceros que no deben verse afectados por un contrato en el cual no han sido parte (*res inter alios acta nec prodesse nec nocere potest*: art. 1257.1 CC).

En esto es precisamente en lo que nos vamos a centrar, en algunos aspectos concretos del régimen jurídico, en nuestro caso, del contrato de asunción de deuda.

## 2. EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR: ESPECIAL REFERENCIA A LA FORMA TÁCITA

Antes de entrar a analizar el tema del consentimiento del acreedor, en lógica, habremos de cerciorarnos de que, efectivamente, estamos ante un supuesto de asunción de deuda, es decir, de que un tercero tiene la clara intención de sustituir al deudor de una relación obligatoria y, además, la intención de que este cambio produzca efectos respecto al acreedor; es decir, que para éste, el asumente sea el nuevo deudor.

De esto no hay duda, puesto que el acreedor no podrá consentir aquello que no se le ofrece, esto es, si la intención del asumente y del deudor es la de que el acuerdo tenga unos meros efectos *inter partes* (a veces puede incluso tratarse de

---

donde se prescinde del instituto de la novación, e iniciada en nuestro país por Clemente de Diego en su clásica monografía: *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la jurisprudencia española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, 1912. La acuñación de los términos «transmisión de las obligaciones», «sucesión en la deuda a título singular» o «asunción de deuda», en oposición al de «novación», se deben a este fenómeno.

La originalidad de la doctrina patria en este tema procede del hecho de que el reconocimiento de esta forma de transmisión de las deudas al margen de la novación se ha llevado a cabo reinterpretando la regulación positiva de la novación, de forma que, de acuerdo con variados argumentos, se reconoce junto a la novación extintiva (novación propia) la llamada novación modificativa (impropia), que no conlleva la extinción de la primera obligación, sino solamente, y como indica su nombre, una mera modificación. De esta opinión es la doctrina mayoritaria, y ejemplos de ello los anotadores de la obra de ENNECERUS PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Derecho de obligaciones», en el *Tratado de Enneccerus, Kipp y Wolff*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1954, p. 416; COSSÍO: «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», *AAMN*, I, p. 183; JORDANO BAREA, en «Comentario a la Sentencia de 10 de febrero de 1950», *ADC*, tomos III y IV, octubre-diciembre 1950, pp. 1372-1382. En contra, fundamentalmente, SANCHO REBULLIDA: «La novación de las obligaciones en el Derecho español», *RCDI*, enero-febrero 1962, pp. 1-22. *Vide idem* en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo (arts. 1203 ss.), tomo XVI, vol. I, Edersa, Madrid, 1980.



un pacto secreto y reservado), entonces, de ninguna forma intervendrá el acreedor y ninguna modificación se habrá producido en la relación obligatoria.

La necesidad de esta voluntad inequívoca de asumir una deuda ha sido muy reiterada en la jurisprudencia, sobre todo a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1975, citada y seguida con posterioridad, entre otras, por la de 5 de noviembre de 1990, muy clara y significativa a este respecto cuando dice: «pero es de toda evidencia que para entender celebrado un contrato mediante el cual se dice operada la sucesión particular en el débito, permaneciendo la misma relación obligatoria aunque con un deudor distinto y concurriendo la anuencia o ratificación del acreedor para su eficacia, nunca desplegable *invito creditore* habrá de aparecer demostrada la incontrovertible realidad de ese negocio atípico<sup>3</sup> con el verdadero significado y alcance de un convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo» (subrayado nuestro).

En la sentencia que nos ocupa esta «incontrovertible realidad» parece más que evidente si atendemos al tenor literal de las cláusulas primera, segunda y cuarta del contrato de 16 de enero de 1990, que se transcriben en el Fundamento Jurídico primero<sup>4</sup>. En lo que nos interesa, la primera de ellas dice: «Los citados Sres. L. y H. (...) reconocen como suya la deuda (...) y se comprometen a abonarla antes del día 15 de septiembre de 1990, sustituyendo a los acreedores comparecientes en todo caso, del pago de la misma». En la cláusula segunda se continúa: «(...) el importe de dicha deuda será de responsabilidad individual de los citados señores L. y H.», y en la cuarta: «Por tanto, los citados acreedores son librados de la deuda en todo caso y posibilidad del pago de la misma al ser asumida por el R. J. Club de Fútbol y de forma individual los señores L. y H. con su garantía personal» (subrayado nuestro).

Centrándonos ya en el tema propio de este epígrafe cual es el consentimiento del acreedor, lo vamos a iniciar partiendo de lo que no plantea ningún proble-

<sup>3</sup> La atipicidad del contrato de asunción de deuda no ha sido ningún obstáculo a su reconocimiento conforme al principio de la autonomía de la voluntad. Además de la de 5 de noviembre de 1990, las de 11 de diciembre de 1979, 9 de junio de 1981 y 1 de diciembre de 1989, todas ellas del Tribunal Supremo, son claros ejemplos.

<sup>4</sup> Fundamentos de Derecho. Primero: «(...) Tal pretensión trae causa en el contrato suscrito en 16 de enero de 1990, entre los actores y los codemandados, interviniendo don Juan L. C. y don Juan Carlos H. L. en su propio nombre y en calidad de Presidente y Vicepresidente, respectivamente, de la entidad R. J. Club de Fútbol; a los efectos de este recurso han de ser tenidas en cuenta las cláusulas primera a cuarta del convenio, según las cuales: "Primera. Los citados señores L. y H., en nombre y representación de la entidad R. J. Club de Fútbol reconocen como suya la deuda de 14.000.000 de pesetas ante el B. de F., de la que han sido deudores de la misma los señores C., P., D. y G., como avalistas de la misma, y se comprometen a abonarla antes del día 15 de septiembre de 1990, sustituyendo a los acreedores compareciente, en todo caso, del pago de la misma. Segunda. —En el supuesto caso de que llegada dicha fecha de 15 de septiembre de 1990, y no se hubiese pagado o eximido de pago a los acreedores comparecientes, el importe de dicha deuda será de responsabilidad individual de los citados señores L. y H. Tercera. El R.J. Club de Fútbol y los señores L. y H. abonarán en el plazo de treinta días a partir de la fecha de 12 de enero de 1990 —fecha de preacuerdo— la cantidad de 2.065.275 ptas. a los acreedores comparecientes correspondientes a los intereses abonados por éstos y devengados por la citada póliza, y se comprometen a abonar los intereses que se devenguen a partir de la fecha de la firma del presente documento. Cuarta. Por tanto, los citados acreedores son librados de la deuda en todo caso y posibilidad del pago de la misma, al ser asumida por el R.J. Club de Fútbol y de forma individual los señores L. y H. con su garantía personal"».

ma: que el consentimiento del acreedor para el cambio de la persona del deudor es exigible en todo caso, que no puede presumirse nunca sino que ha de constar de modo cierto e indudable, que puede ser anterior (negocio de autorización), simultáneo o posterior (ratificación) al contrato entre el deudor antiguo y el asumente, y que puede ser tanto expreso como tácito<sup>5</sup>.

En este sentido, creemos perfectamente aplicable, por analogía, el artículo 1205 del Código Civil, que aunque se refiera a la novación, y concretamente a la forma expromisoria, es aplicable a todos los posibles casos que puedan conducir a un cambio de deudor. Se trata de una norma que pretende claramente proteger al acreedor, puesto que a éste no le es indiferente quién sea la persona de su deudor y las cualidades de seriedad y solvencia que en éste puedan concurrir, pero que además, es una norma de orden público, puesto que lo que está en juego es la obligatoriedad de los contratos. Ninguna modificación puede hacerse de un contrato, con efectos para los contratantes, si no concurre el consentimiento de éstos. Las excepciones a esta regla no pueden ser otras que las que expresamente establezca la ley, entre ellas, la facultad que tiene el acreedor, y de la que no goza el deudor, de substituir a éste sin su consentimiento y aun sin su conocimiento, porque la ley entiende que, en este caso, no hay perjuicio para la otra parte contratante.

Por ello es necesario que este consentimiento (del acreedor) lo sea de un modo cierto e indudable, aunque este modo cierto e indudable concurrirá no sólo en los casos en que así se diga expresamente, sino también, y ello porque no se exige declaración expresa al respecto, en aquellos otros en los que tácitamente o por medio de hechos concluyentes del acreedor se pueda llegar al convencimiento de que éste ha dejado de considerar al antiguo deudor como su deudor, y que ahora es otra persona (el asumente) el que ocupa esa posición. Con esto nos introducimos en un tema relativo al consentimiento que sí plantea problemas: ¿en qué casos puede afirmarse que hay consentimiento tácito del acreedor al cambio de deudor?, más concretamente, ¿lo sería aquel en el que no consta el consentimiento liberatorio del acreedor, pero después éste demanda el cumplimiento de la obligación asumida al nuevo deudor o asumente?, ¿qué significado debe darse a esa demanda (judicial o extrajudicial)?

Estas preguntas son perfectamente planteables en el caso que estamos comentando, puesto que no consta voluntad alguna del acreedor, ni a favor ni en contra, del cambio de deudores (en el siguiente epígrafe se estudiarán las consecuencias que ello conlleva), lo cual abre algunas posibilidades, por vía de hipótesis, que desde luego cerrarían los supuestos en los que, o no hay ninguna actividad positiva del acreedor que nos pueda conducir a pensar en el otorgamiento de un consentimiento tácito por su parte, o consta la negativa (también expresa o tácitamente) de éste a la sustitución de la persona de su deudor.

Respecto a este supuesto hipotético que nosotros nos planteamos, en algunas ocasiones, el Tribunal Supremo ha afirmado que el consentimiento en la novación (subjettiva por cambio de deudor) va implícito en el hecho de reclamar el pago al nuevo deudor. Así, por ejemplo, en la entencia. de 16 de noviembre de 1981 (aunque *obiter dictum*) se repite esta afirmación y se cita a la de 11 de

<sup>5</sup> Como declaración de voluntad tendente a la aceptación de una oferta, son aplicables a la misma las normas jurídicas relativas a los vicios del consentimiento.

enero de 1949. En realidad, el único caso que conocemos en este sentido que sea *ratio decidendi* es precisamente este último. Se trataba de una señora que había estado trabajando como empleada en un bar que después es traspasado. En el contrato de traspaso se acuerda que el sucesor del negocio se haría cargo de todas las deudas del mismo (incluida, por tanto, la que tenía con esta señora). Al parecer éste llegó incluso a pagar parte de aquella deuda, pero después, ante el incumplimiento por el resto, la acreedora interpuso demanda judicial reclamando la parte aún no satisfecha, dirigiéndose para ello contra los antiguos responsables del establecimiento (declarados en rebeldía) y también contra don Evaristo, que así se llamaba la persona que les había sucedido.

Planteado en el proceso el problema de si había existido consentimiento para el cambio de deudor por parte de la demandante y el valor que había de darse al hecho de reclamarse judicialmente al asumente, el Tribunal entendió: «Que el consentimiento de doña María G. R. (demandante) exigido por el artículo 1205 del Código Civil para la validez de tal novación, va implícito en el hecho de reclamar el pago de la obligación al nuevo deudor, que ya había pagado parte de ella con la entrega de 1.000 pesetas a la acreedora, hecho reconocido en el pleito».

Posiblemente, en este caso, pesó mucho el hecho de que los deudores anteriores habían sido declarados en rebeldía y no era previsible obtener fácilmente el pago de ellos, y quizá por eso el Tribunal no se centró tanto en el hecho de la liberación de éstos como en la vinculación de don Evaristo por la obligación que libremente había asumido, con lo que se aseguraba la satisfacción del crédito de la acreedora.

En general, en estos supuestos la posición más razonable a adoptar creemos que es la siguiente: salvo que de modo indudable conste la voluntad del acreedor de liberar al deudor, éste seguirá obligado con independencia de que se le demande o no para el cumplimiento de la obligación. Si sólo se demanda al asumente, ello significará que se acepta la oferta de éste de quedar obligado, pero no que con ello se libere al primitivo (lo uno no es consecuencia de lo otro)<sup>6</sup>. Así, el acreedor tendrá dos deudores cumulativamente obligados, el antiguo y el nuevo, de forma que si no obtiene el cumplimiento de la prestación por parte de uno, siempre puede dirigirse después contra el otro<sup>7</sup>. Ésta es la solución que aporta Díez-Picazo<sup>8</sup> para aquellos casos en los que consta la voluntad del nuevo deudor de obligarse hacia el acreedor pero no concurre consentimiento liberatorio por parte de este último hacia el deudor primitivo.

También compartimos con este jurista la apreciación de que la solución no será ésta cuando el nuevo deudor haya condicionado su obligación a la liberación

---

<sup>6</sup> Parece claro que, si se demanda el pago a los deudores al mismo tiempo, se da a entender por el acreedor su voluntad de no liberar al antiguo deudor, al tiempo que su aceptación a la oferta del nuevo de quedar obligado junto al antiguo. Se daría lugar en este caso a una asunción cumulativa (en oposición a liberatoria) de deuda mediante la cual el acreedor tendría dos deudores frente a los que dirigirse indistintamente para el cumplimiento íntegro de la obligación.

<sup>7</sup> En todos estos casos estamos presuponiendo, porque así debe entenderse, que el asumente no ha retirado la oferta al acreedor para convertirse en su nuevo deudor. Si, de los hechos se deduce esta retirada (de la oferta), entonces, lo único que le queda al acreedor es una pretensión, en su caso, por los daños y perjuicios causados por responsabilidad precontractual. Una vez el acreedor acepte la oferta se perfeccionará el contrato de asunción de deuda.

<sup>8</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II., Madrid, 1993, pp. 844 y 845.

del antiguo. En este supuesto el convenio entre los deudores tendente a la sustitución de uno por el otro deviene ineficaz al no cumplirse la condición establecida.

Igualmente, es opinión bastante común en la doctrina la de entender que, en esta forma de asunción de deuda, ambos deudores lo son solidariamente. Por nuestra parte, y teniendo en cuenta que ésta no es la sede apropiada para dar una respuesta muy extensa a este sentir casi común de los autores y de la jurisprudencia, sin embargo, no podemos por menos que poner muy seriamente en duda esta afirmación sobre todo en el caso de la expromisión cumulativa, donde no sería razonable aplicar todo el régimen jurídico de la solidaridad a quien no ha sido parte en este contrato expromisorio (el deudor antiguo), y estamos pensando en la comunicación de culpas entre los deudores solidarios que establece el artículo 1147 del Código Civil.

### 3. LA AUSENCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR: LA ASUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Cuando no consta el consentimiento expreso o tácito del acreedor, o cuando lo que consta es su negativa al cambio de deudor, hay que determinar cuáles son los efectos del convenio (el contrato de asunción de deuda) celebrado entre los dos deudores y no consentido por el acreedor<sup>9</sup>.

En nuestro caso, la no constancia del consentimiento del Banco de «F., S. A.» (tal y como señala el Tribunal en el segundo párrafo, *in fine*, del Fundamento de Derecho tercero) conllevará que el contrato de 16 de enero de 1990 no pueda ser calificado como una asunción de deuda mediante la cual los asumentes, don Juan L. C., don Juan Carlos H. M. y el Real Jaén Club de Fútbol, resulten ser los nuevos deudores ante el Banco, en sustitución de los que lo eran hasta ahora, don Joaquín, don Mateo, don Narciso y don Enrique<sup>10</sup>.

Por tanto, hay que considerar al contrato objeto de litigio como una asunción de cumplimiento, una *res inter alios acta* con efectos obligatorios para las dos

---

<sup>9</sup> La no constancia del consentimiento del acreedor al cambio puede venir derivada del hecho de que éste no conozca la existencia de un convenio (contrato de asunción de deuda) entre los deudores en este sentido. Creemos que la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones a la que alude el artículo 1258 del Código Civil debe implicar, en nuestro caso, una obligación a cargo del asumente de poner en conocimiento del acreedor la existencia del contrato y de ofrecerse como nuevo deudor en sustitución del anterior. Esta obligación debe entenderse como un presupuesto previo indispensable para lograr la finalidad perseguida por el contrato en aquellos casos en los que el acreedor desconoce la existencia del mismo.

<sup>10</sup> Fundamento de Derecho Segundo: «(...) se argumenta que la sentencia recurrida otorga en su fallo la cantidad reclamada por la parte actora al «B. de F., S.A.», que no es ni ha sido parte en el juicio. La más somera lectura del antes transcrito fallo de la sentencia recurrida pone en evidencia lo insostenible del motivo, ya que la sentencia *a quo* no reconoce derecho alguno al citado Banco y ello aunque la condena impuesta a los codemandados pueda quedar cumplida, en su caso, con el pago a esa entidad crediticia de las cantidades a que se refiere la sentencia, pero ello como cumplimiento de la obligación impuesta a los demandados y por ellos asumida en el contrato origen del litigio y no crédito del «B. de F., S.A.», exigible a aquéllos. Procede así la desestimación del motivo».

Fundamento de Derecho Tercero: «(...) calificado por la Sala sentenciadora de instancia el contrato litigioso como contrato innominado o atípico concertado al amparo del

partes contratantes, es decir, los asumentes (el Real Jaén y, a título personal, su Presidente y Vicepresidente) y los deudores antiguos <sup>11</sup>.

Los asumentes cumplirán las obligaciones derivadas de este contrato si, llegados los respectivos plazos de vencimiento de las obligaciones asumidas (la devolución del capital y el pago de los intereses del contrato de préstamo en la forma pactada) hacen puntual frente a ellas. En realidad, el cumplimiento de la obligación asumida puede extinguir dos obligaciones distintas: la contraída por los deudores antiguos con el acreedor (derivada del contrato de préstamo), y si los asumentes son a su vez deudores de estos deudores (antiguos) y se obligaron *solvendi causa*, también se extinguirá esta deuda derivada de la relación jurídica subyacente.

Esto es lo que parece que ocurre en la presente sentencia: la causa del contrato de asunción de deuda es la previa existencia de una deuda, a cargo de los asumentes, frente a los deudores antiguos. Al menos, así se desprende del propio contrato de asunción de deuda cuando a don Joaquín, don Mateo, don Narciso y don Enrique se les llama reiteradamente «acreedores comparecientes». Con la entrega al Banco de «F, S. A.» del dinero correspondiente al capital y los intereses devengados no sólo se extinguirá esta obligación (a cargo de los que impropriadamente llamamos deudores antiguos), sino, al mismo tiempo y en esta misma cuantía, la procedente de la relación subyacente, que es la causa del contrato de asunción de deuda.

Pero, como el acreedor no consiente el cambio de deudor, se cierra toda posibilidad de establecer una relación jurídica entre asumentes y acreedor, lo cual no impide que este contrato de asunción despliegue unos efectos obligatorios *inter partes* y que los contratantes deriven, no ya un derecho, sino una prestación a tercera persona, el Banco. Éste se convierte en un simple destinatario de la prestación, la recibirá, pero no adquirirá ningún derecho previamente.

---

principio de libertad de contratación acogido en el artículo 1255 del Código Civil, tal calificación ha de ser mantenida frente a la tesis recurrente que propugna la calificación de fianza como la que corresponde a tal convenio; por el contrato de fianza, regulado en los arts. 1822 y ss. del Código Civil, se crean relaciones obligatorias entre el acreedor, el deudor y el fiador; de ahí que para la constitución de un contrato de fianza sea necesario, con carácter inexcusable, el consentimiento del acreedor, ya se manifieste este consentimiento por la intervención del mismo en el contrato constitutivo, ya mediante su aceptación del contrato celebrado entre el deudor y el fiador. En el presente caso, falta tal consentimiento del acreedor, el «B. de F, S. A.», que no fue parte en el contrato de 16 de enero de 1990 ni consta en autos que aceptase su contenido, por lo que no puede sostenerse que tal contrato lo sea de fianza sometido a los artículos 1822 y ss. del Código Civil».

Fundamento de Derecho Cuarto: «El motivo tercero, acogido al ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se considera infringido el artículo 1205 del Código Civil, por no aplicación. Calificado en la sentencia recurrida el Convenio de 16 de enero de 1990, concertado entre las partes litigantes como un contrato innominado y atípico, sometido a la reglas generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos, sin que se tenga por producida una modificación subjetiva por cambio de deudor de una obligación anterior, en este caso la que vinculaba a los actores recurridos con el «B. de F, S. A.», ha de rechazarse el motivo, al no ser aplicable el citado artículo 1205 por no estarse ante un supuesto de novación de obligaciones».

<sup>11</sup> Otras sentencias del Tribunal Supremo donde también se califica al acuerdo entre los deudores de asunción de cumplimiento son las de 8 de octubre de 1984, 26 de abril de 1993 y 9 de octubre de 1995. Esta misma es la solución que adopta el BGB en el párrafo 415.3.º cuando dice: «En tanto que el acreedor no haya otorgado el consentimiento, en la duda, el asumente está obligado, frente al deudor, a satisfacer en tiempo oportuno al acreedor. Lo mismo rige si el acreedor niega el consentimiento».

# Los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales, la confrontación entre ellos

(Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1997)

**JUAN CARLOS REBOLLO GONZÁLEZ**

Abogado

## 1. ANTECEDENTES

El pasado 1 de junio de 1992 se presentó por parte de la Asociación de Padres de Alumnos del Colegio Santamaría la Nueva en Burgos, una demanda de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de acuerdo a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, siendo los demandados, Cáritas Diocesana, Fundación Candeal, Proyecto Hombre, y el Delegado de Cáritas, dado que en una de las alas del edificio que albergaba al colegio se había decidido instalar el Programa «Proyecto Hombre» para la rehabilitación de drogodependientes. El asunto fue turnado al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Burgos, y en la contestación a la demanda se interpusieron varias excepciones, siendo la única que se tuvo en cuenta la de falta de legitimación pasiva, respecto a Proyecto Hombre y el Delegado de Cáritas. En la Sentencia que este Juzgado dictó, de fecha 16 de diciembre de 1992, desestimó la demanda al establecer que no vulneraba la existencia de ambos centros en un edificio ni la integridad moral, ni física de los alumnos ni el derecho a la educación en su doble vertiente, de derecho de los padres a elegir el centro que estimen más adecuado para sus hijos, de conformidad a lo expuesto en la prueba, máxime cuando después de las reformas oportunas el edificio que ocupa Proyecto Hombre ha quedado aislado completamente del edificio que albergaba la guardería y el colegio.

Esta Sentencia se apeló, pidiendo nueva prueba, en concreto, la pericial sobre un informe del equipo del doctor López Ibor de 1985, y que había servido de base en otro procedimiento ante el Tribunal Supremo. La Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, de 19 de julio de 1993, en su fundamento jurídico cuarto, acepta completamente lo dicho por la Sentencia apelada, sobre la prueba pericial que se había solicitado por la parte demandante; establece que no reúne las condiciones legales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, reduciéndose a ser una prueba testifical, y, que de acuerdo a las reglas de valoración de la prueba, no puede prevalecer con la realizada.

Se interpuso el correspondiente recurso de casación, contra esta Sentencia, teniendo dos motivos principales, uno era la admisión como prueba pericial del informe del doctor López Ibor, y, el segundo trataba sobre el fondo del asunto que no era más, que la confrontación entre los derechos fundamentales que asis-

ten a los niños del colegio frente a los de los toxicómanos que se quieren rehabilitar; el 21 de julio de 1997 se dicta la Sentencia que paso a comentar.

## 2. LA PRUEBA PERICIAL

La contestación a este motivo del recurso no es nueva ni plantea problemas interpretativos y la misma ha sido acogida por la jurisprudencia, de la propia Sala Primera del Tribunal Supremo, dejando claro determinadas cuestiones, que ya lo habían sido en la repetida jurisprudencia. En primer lugar deja muy claro que hemos de estar, no tanto a la posible calificación en un medio u otro de la prueba practicada, sino a su verdadera valoración. Esta valoración se debe realizar de acuerdo a lo que establece el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y, como señalan las Sentencias de la Sección Primera del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 1993, de 3 de enero de 1994, de 9 de marzo de 1995, etc., que no es admisible en casación el recurso contra ésta, a no ser que se desprenda que se ha realizado de forma notoriamente irracional o fuera de toda lógica.

Además añade en esta Sentencia el Alto Tribunal, que en la valoración de las pruebas debe haber igualdad no prevaleciendo unas sobre otras, sino debiendo valorarse de forma conjunta todas ellas, cosa que ya se había hecho en la Sentencia dictada en la primera instancia. Las Sentencias de 9 y 25 de marzo de 1995, entre otras, establecen claramente que el resultado de la prueba pericial no vincula al Juez, y puede ser rechazado su contenido por la confrontación con las pruebas practicadas, como ocurre en este caso concreto.

Novedoso respecto a otras Sentencias examinadas, pero que en aquellas se deduce en su estudio, es el que establece que no es suficiente para que efectivamente exista indefensión el hecho de que se califique la prueba concreta practicada de una forma o de otra, integrándola dentro de un medio probatorio o de otro, sino que, como ya vimos antes, la realidad de la indefensión en la práctica de la prueba se establece por el hecho de su valoración por parte del órgano jurisdiccional. Sin embargo, queda muy claro en esta Sentencia, como en las ya citadas de 14 de marzo, 6 de mayo de 1994 y 9 de marzo de 1995, donde el Alto Tribunal establece que la prueba pericial, para ser considerada como tal se ha debido practicar en el proceso, respetando escrupulosamente la normativa establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En dos de estas Sentencias se establece, al igual que en la comentada, que esta prueba debía haber sido planteada como documental. Lo vemos en la Sentencia de 6 de mayo de 1995, que lo establece muy bien, al decir que la prueba pericial practicada en otro proceso es incorporada a éste en forma de testimonio y debe ser considerada como prueba documental. Y éste debía haber sido el paso dado en la proposición de prueba, ya que el informe antes citado, sin entrar en la valoración de su contenido, es un documento y sirvió para un proceso judicial anterior. Este informe, que ya había sido emitido para un procedimiento contencioso-administrativo, dando lugar a la Sentencia de 16 de febrero de 1988, debía de haber sido aportado como prueba documental cumpliendo los trámites de los artículos 597 y 598 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero en el caso de que se hubiese realizado el informe de forma privada, o bien por motivo de algún trabajo de investigación, artículo de revista científica, etc., éste se podía haber aportado, bien como documento privado encuadrado en el artículo 602 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, o como prueba testifical encuadrada en el artículo 637, siempre que haya podido interrogar al autor del informe de una forma personal.

Por lo tanto, en esta Sentencia y la resolución respecto al primer motivo del recurso no se hace más que continuar con la interpretación legal, que se venía manteniendo por parte de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

### 3. EL CONFLICTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Éste es el verdadero motivo por el que se inició la demanda, y según la parte demandante el conflicto se da entre el derecho a la vida y la integridad física y moral de las personas y el derecho de los drogodependientes a un proceso de rehabilitación y reinserción.

En primer lugar, el propio Tribunal Supremo en el fundamento jurídico quinto, nos sorprende con una cuestión sin duda nueva en el procedimiento, al referirse a la función concreta de lo regulado en la Sección Tercera de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, realizando, claro está, la conceptualización de esta función de forma negativa. Ya que, como muy bien defiende el Tribunal, no es admisible dentro de ella todo género de medidas y sobre todo, aquellas que están reservadas a distinto ámbito jurisdiccional, estableciendo que el procedimiento idóneo para ello es el procedimiento declarativo. Por supuesto, y aunque la propia Ley nada establece sobre lo que entra dentro del suplico de las demandas que se presentan al amparo de esta Ley, lo cierto es que la Ley, en principio con clara vocación de luchar contra las intromisiones de los poderes públicos, bien a través de la vía penal o de la administrativa, no creyendo el legislador en aquel momento que las intromisiones pudieran venir de los particulares. Si bien es cierto que no han sido en muchas ocasiones las que se llega a utilizar, lo ha sido en cuestiones que pudiéramos llamar de solidaridad, dando lugar a una pequeña pero elocuente jurisprudencia, tanto de la Sala Civil como de la de lo Contencioso-Administrativo, que, en muchas ocasiones, se ha visto empañada por las circunstancias sociales, y si las mismas cuestiones se planteasen hoy, probablemente muy distinta sería la respuesta.

Otra de las cuestiones que también trae a colación en este párrafo la Sentencia comentada es el hecho de que las Sentencias emitidas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo no vinculan a la Sala Primera. Esta afirmación, que ha sido recogida en numerosas Sentencias de una u otra Sala del Tribunal Supremo y cuyo ejemplo más representativo ha sido el tema de la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho penal, cuyos razonamientos y principios jurisprudenciales, en no pocas ocasiones son contradictorios con los de la Sala Primera cuando se ejercita la acción civil independientemente de la penal.

El Tribunal Supremo entra a conocer del fondo del asunto, sin duda realizando una lectura, moderna y de acuerdo a los nuevos posicionamientos sociales, en materias de programas sociales y, en definitiva, de actuaciones solidarias. En principio, y a renglón seguido de lo anterior, el Tribunal Supremo establece que los artículos que se citan como motivo de recurso se pueden alegar tanto respecto a los niños y adolescentes, alumnos del colegio, como para los drogodependientes. Y esto es así y ya se ha manifestado en varias ocasiones esta misma Sala, sobre todo en los procedimientos de protección del honor y la propia imagen, ha establecido que los derechos fundamentales son iguales unos a otros, como en las Sentencias de 12 de junio de 1995 ó 28 de septiembre de 1996, y que los límites no se pueden



fijar apriorísticamente, sino en razón de la realidad concreta en que estos derechos se han enfrentado así establece la Sentencia de 20 de febrero de 1993. En el presente caso se repite la situación pero con una matización y es que son los mismos derechos, cambiando los sujetos únicamente y, por tanto, también se ha visto con el comentario realizado en esta Sentencia por el Tribunal Supremo que entra en juego, otro de los principios constitucionales consagrados en el artículo 14, y es que todos somos iguales ante la Ley, y que no es aplicable discriminadamente la Ley a unos o a otros, dependiendo de las circunstancias de los sujetos.

Llegados a este punto, si todo esto es cierto, hay que articular algún mecanismo para llegar a conciliar ambas posturas en el ejercicio de los derechos. Pues bien, el primer cauce puede ser la interpretación de estos derechos, que como señala el artículo 10.2 de la Constitución, de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados internacionales sobre la materia, ratificados por España. Dentro de estos Tratados está la Declaración de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959. Esta Sentencia está de acuerdo con ello, pero establece que lo regulado en este artículo es la posibilidad de una interpretación y no un criterio de aplicación, como muy bien recogen tanto la Sentencia 38/1981, como la de 20 de julio de 1993 del Tribunal Constitucional, y lo que se trata es de que se configure un sentido y alcance de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, y que en las Sentencias de la Sala Quinta, de 16 de febrero de 1988 y de la Sala Tercera, de 4 de mayo de 1993, el Tribunal Supremo había argumentado que, de acuerdo a los principios 7 y 8 de dicha Declaración, debían prevalecer los derechos de los niños, como criterio claro e inamovible de aplicación en caso de confrontación. Por ello es curioso el resultado al que se llega por el Tribunal Supremo en estas Sentencias, no negando los derechos de los drogodependientes, tanto a un proceso de rehabilitación como a que éste se realice dentro de un casco urbano. Pero si el desarrollo de estos derechos que les encuadra dentro de los derechos fundamentales afecta de alguna forma a los niños y adolescentes que acuden a sus centros educativos, deben prevalecer éstos sobre los drogodependientes, aunque el propio Tribunal no dijo nunca cómo se daba esa influencia, lógicamente porque no se daba o no había criterios científicos a la hora de establecerla y, como dice el dicho castellano, se quiso nadar y guardar la ropa; sin embargo, se ha de mostrar la gran fortuna de cómo en estas Sentencias se perfiló el concepto de derecho a la vida e integridad física y moral. Es curioso, cuando menos, y por ello llama la atención, que la Sala Quinta, en Sentencia de 27 de junio de 1988, establece que para hablar de vulneración del artículo 15, base sobre la que se habían gestado las Sentencias precedentes, el peligro ha de ser cierto y real y no sólo un riesgo de peligro. Como vemos de nuevo, hay conflicto en la jurisprudencia.

En la Sentencia que comento, el Tribunal Supremo vuelve a decir que en la confrontación de los derechos fundamentales hay que estar a la realidad fáctica concreta, y, por supuesto, a su demostración a través de la prueba en el proceso, sin que quepa la adopción de cualquier medida por la colisión con los derechos del drogodependiente que desea rehabilitarse, dada la prueba que se practicó y su valoración por el Juzgador. Y declarando que en este caso concreto no podemos hablar de que se dé una vulneración de los derechos fundamentales de los niños, ya que de primarse otra solución ésta nos llevaría a una irresponsabilidad social, dado que, en honor a los derechos y libertades de los niños y adolescentes, podríamos establecer medidas que estuvieran en el fondo cubriendo posturas sociales insolidarias y contrarias a la paz social. Máxime cuando en ninguna de las instancias se ha apreciado la existencia real de peligro, sino sospechas infundadas de temores ya rancios en las postrimerías del siglo XXI.

# Diferenciación entre doble venta y venta de cosa ajena. Protección al tercero hipotecario

(Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996)

**PALOMA SABORIDO SÁNCHEZ**

Colaboradora del Departamento de Derecho Civil.  
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. *Antecedentes fácticos.*—II. *Comentario a la sentencia:* 1.º Doble venta o venta de cosa ajena: A) *Transmisión de la propiedad.* B) *Conceptos: doble venta y venta de cosa ajena.* C) *Artículo 1473.* 2.º *Tercero hipotecario.*

## I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos que servirán de base a esta Sentencia son los siguientes: don Antonio B. N. y su esposa doña Concepción E. D. venden una parcela (que adquirieron en julio de 1967) a don Alberto D. G., reflejando tal compraventa en escritura pública el día 14 de Julio de 1968, sin inscribir en el Registro de la Propiedad. El 30 de enero de 1980, al aparecer dicho matrimonio en el Registro como propietarios de la finca, otorgan escritura pública de agrupación, segregación y compraventa a don Luis G. F., teniendo la diligencia el anterior de inscribir en dicho Registro. Por tanto, la anteriormente mencionada finca, o mejor dicho, ésta como parte de una nueva, es nuevamente vendida. Más tarde, el 14 de septiembre de 1988, vende en escritura pública don Alberto D. G. a la Sociedad «Zoffany Limited», que intenta inscribir, pero que le es denegada por el Registrador ante la inscripción a nombre de don Luis G. F. Ante esta situación, don Alberto y la mencionada Sociedad interponen demanda contra don Antonio B. N. y su esposa y don Luis G. F. ante el Juzgado de Primera Instancia de Algeciras, que es desestimada, al igual que en la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Así las cosas, el actor, don Alberto D. G., interpone recurso de casación contra la sentencia de dicha Audiencia; el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

## II. COMENTARIO A LA SENTENCIA

Es usual encontrarnos con sentencias como la que aquí nos ocupa, en las que supuestos de doble venta y tercero hipotecario se hallan estrechamente ligados. Aunque, quizás, el problema básico se halla en la propia definición de ambos conceptos, en su delimitación conceptual.

Dejando para más adelante nuestro comentario acerca de la solución a la que se llega, es lógico analizar, desde un primer momento, los hechos que aquí se nos relatan, y, partiendo de éstos, centrarnos ya en los aspectos fundamentales de la Sentencia. Así, nos encontramos con que, tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia e incluso el Tribunal Supremo, dan por sentado la existencia de un supuesto de doble venta, puesto que se realizan, según razonamientos de la propia Audiencia, dos actos de disposición sobre la misma parcela, por parte de los esposos don Antonio y doña Concepción: en primer lugar, la venden por escritura de 4 de Junio de 1968 a don Alberto y su esposa, y, en una segunda ocasión, por escritura de agrupación, segregación y compraventa de 30 de Enero de 1980 a don Luis, realizando agrupación con otras parcelas, de la que segrega la finca vendida y en la que se halla la enajenada en 1968.

Por otro lado, se afirma, por parte del Alto Tribunal, la existencia de un tercero hipotecario, puesto que don Luis llega a inscribir su título en el Registro de la Propiedad, ostentando dicha cualidad y siendo protegido por los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria ante la existencia de buena fe, que el Tribunal define en los derechos reales, no como estado de conducta, sino como conocimiento.

Seguidamente, vamos a analizarlos punto por punto y de manera separada.

### 1.º DOBLE VENTA O VENTA DE COSA AJENA

Nos encontramos ante la realización de dos contratos de compraventa por unos mismos transmitentes. Sin embargo, antes de entrar en el estudio del supuesto, es de recibo aclarar la existencia de un único objeto en estos contratos: y no es más que una parcela situada en la localidad de Tarifa, que aunque en la segunda venta se agrupa con otra finca para de nuevo segregarla y dar lugar a la realización del contrato de compraventa; sin embargo, en esta finca resultante se hallará la primeramente enajenada.

Lo que nos parece anormal en la actividad del Tribunal Supremo, e incluso algo decepcionante para aquellos que seguimos con interés su doctrina jurisprudencial, y, dicho sea con nuestro máximo respeto hacia la labor de dicho Tribunal, no es sólo el resultado al que llega, conceptuando este caso como supuesto de doble venta, sino, es más, la indiferencia a la hora de justificar su encuadre en este concepto y no plantearse siquiera si cabe la posibilidad de tratarse de un supuesto de venta de cosa ajena. Quizá debamos pensar que el Alto Tribunal se dejó llevar más por su afán de justicia, tal y como refleja el profesor Díez-Picazo, que por su afán doctrinal.

Sea cual fuere la motivación del Tribunal, lo que sí es cierto es que nos encontramos ante una serie de hechos que nos hacen pensar en la venta de cosa ajena. Sin embargo, antes de llegar a dicha conclusión, es necesario, en primer lugar, exponer brevemente la idea de transmisión de la propiedad en el contrato de com-

praventa, para, posteriormente, mostrar la diferenciación existente entre doble venta y venta de cosa ajena que doctrina y jurisprudencia han tratado de demostrar.

#### A) TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

Ya en el Derecho Romano nos encontramos ante la inexistencia de una obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida, y la compraventa es entendida como un contrato de alcance puramente obligacional<sup>1</sup>. En los anteproyectos y proyectos de Código Civil del siglo XIX nos encontramos, sin embargo, con cierta influencia francesa, contraria a nuestra tradición histórica. Pero más adelante, el Proyecto de 1851 se acoge al sistema francés de transmisión por el solo consentimiento, limitando la transmisión a las partes contratantes y considerando la compraventa como contrato productor de simples obligaciones para con los terceros. García Goyena señala que el vendedor no estará obligado a que el comprador haga suya la cosa, sino a su pacífica posesión.

Nuestro Código Civil se acoge al *sistema del título y modo*: para que se dé lugar al traspaso del dominio, en nuestro ordenamiento no basta la *nuda traditio*, como bien expone Díez-Picazo<sup>2</sup>, sino que necesita estar precedida por una venta o por otra justa causa. La tradición por sí sola no sirve para transmitir el dominio, sino que habrá de seguir a un título que fundamente la adquisición.

Sin embargo, sigue diciendo este autor, existen casos en los cuales la transmisión se produce sin verdadera entrega material de las cosas, y la verdadera *traditio*, entendida como entrega o traspaso posesorio, se considerará ficticia y sustituida por un acto cuya naturaleza será claramente diversa. Así, nuestro ordenamiento, en su artículo 1462.2 del Código Civil, establece que la transmisión se producirá por el otorgamiento de escritura pública, salvo que las partes excluyan dicho efecto<sup>3</sup>.

Diferente de nuestro sistema es el que recoge la transmisión consensual, como ocurre en Francia, Italia o Portugal. En términos generales, consistirá en que la transmisión del dominio en los contratos de finalidad traslativa se produce automáticamente al prestar las partes el consentimiento. Contrario al Derecho Romano, en el que el contrato exclusivamente generaba obligaciones *inter partes*, sin embargo, en este caso se da lugar al efecto jurídico-real sin necesidad de acto complementario. Por tanto, si nos encontramos ante un contrato de compraventa se considerará transmitida la propiedad desde el momento en que se preste el consentimiento por ambas partes, y así la legitimación para disponer se constituye en requisito indispensable para la validez del contrato. Se llega a la conclusión de que si al tiempo de la realización del contrato el vendedor no es dueño de la cosa, este contrato será nulo, no podrá ser válido. El comprador adquirirá la propiedad desde el momento en que se ha convenido sobre la cosa y precio del contrato (sistema francés).

<sup>1</sup> MÉNDEZ APENELA: «Venta de cosa ajena», en *Estudios homenaje a Vallet*, t. V, 1990, donde realiza un importante estudio histórico acerca de su origen.

<sup>2</sup> *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo III, 1995, pp. 767 ss.

<sup>3</sup> La *traditio* se considerará como ficticia. Pero esto deberá ser distinguido del sistema consensual francés, como más adelante veremos, puesto que en este sistema es el propio consentimiento de las partes lo que da lugar a la transmisión; la voluntad de las partes bastará para transmitir el dominio (aunque con ello se generen enormes contradicciones, entre las que destacamos el peligro que conlleva para con los terceros, dando lugar a la exigencia de ciertas formas de publicidad); mientras que en esta forma de *traditio* ficticia, lo que verdaderamente transmite será la formalización solemne del acto de escritura pública.

Por otro lado, también debemos destacar el sistema de transmisión abstracta recogido en el Derecho alemán. Es obvio que buscar alguna similitud entre el sistema de título y modo y el sistema consensual francés y este sistema alemán resultará del todo imposible, aunque es de obligada mención ante el estudio de la transmisión de la propiedad en Derecho comparado. Así, el BGB distinguirá entre negocios de obligación y negocios de disposición, y a éstos les reconoce una eficacia jurídico-real, independiente del negocio del que trae causa (negocio obligatorio causal, válido sólo *inter partes*). Se exige el acuerdo transmisivo (*Einigung*), pero, además, se completa para dar una mayor seguridad al tráfico jurídico, con la inscripción en el Registro de la Propiedad. Por tanto, nos encontramos ante una inscripción constitutiva, siendo un requisito fundamental para la transmisión de la propiedad.

Por tanto, podríamos concluir afirmando que el contrato de compraventa en nuestro derecho no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición, o de sus diferentes formas espiritualizadas, a diferencia de otros sistemas, en los que sólo será necesario el acuerdo (junto a la inscripción); o bien el simple consentimiento de las partes (sistema francés).

#### B) CONCEPTOS: DOBLE VENTA Y VENTA DE COSA AJENA

Cuando hablamos de *venta doble o múltiple*, nos referimos al supuesto en el que un mismo objeto es vendido varias veces (por error o por malicia) por su dueño actual a distintos compradores. Las diferentes ventas han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida por un comprador<sup>4</sup>, puesto que lo que se intenta resolver con el artículo 1473 del Código Civil es la adquisición del bien (en nuestro caso, inmueble), mientras que si ya ha existido adquisición por parte de un comprador, ante lo que estaremos será una venta de cosa ajena. Autores, como Díez-Picazo y Gullón Ballesteros<sup>5</sup> sostienen que el artículo 1473 lo que en realidad está buscando es sancionar al que no inscribe frente al que inscribe<sup>6</sup>. Otros autores, como Molina García, destacan que la propiedad se adquiere ante la concurrencia de dos fases: una primera, en la que las partes convienen sobre la cosa y el precio, y la segunda, en la que el vendedor da lugar a la tradición. Pues bien, en el intermedio entre una y otra es cuando va a surgir el supuesto de doble venta.

Por tanto, con este artículo 1473 se resuelve el conflicto de intereses que surge entre dos o más compradores de una misma cosa a un mismo vendedor, en orden a determinar quién será el dueño de ésta, y por ello, el elemento esencial consistirá en que el vendedor sea propietario del bien y que las compraventas hayan sido realizadas antes de que alguna de ellas haya alcanzado su consumación por la entrega<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> ALBALADEJO, Manuel: «Pluralidad de ventas de una misma cosa» en *Estudios de Derecho civil* en honor al Profesor Batlle-Vázquez, Edit. Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 20 ss.

<sup>5</sup> *Sistema de Derecho civil* volumen II, 6.ª edición, pp. 313-314.

<sup>6</sup> Puesto que se va a dar prioridad en las ventas inmobiliarias a la inscripción registral, utilizando como criterios subsidiarios la posesión y la antigüedad del título.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ DE VILLACENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M.ª DEL CARMEN : *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pp. 99 ss. Para dicha autora, este artículo trasciende de la

La *venta de cosa ajena* se produce en el supuesto en el que un vendedor realice dos compraventas sobre el mismo bien a personas distintas, con la diferencia de que en una de ellas transmite la propiedad, dando lugar no a una doble venta (por no partir de un mismo propietario), sino a una venta de cosa ajena (puesto que ya no sería dueño). Este contrato es considerado por la mayoría de la doctrina como válido y eficaz y ello si atendemos a las consideraciones anteriormente realizadas acerca de la idea del contrato de compraventa como fuente de obligaciones, sin que por sí mismo deba transmitir la propiedad<sup>8</sup>. Aunque existan autores que nieguen su eficacia, e incluso otros que la admitan en determinadas circunstancias, algunos, como Gayoso<sup>9</sup>, defienden su absoluta validez, ya que admitir su nulidad chocaría con la disciplina de la usucapión ordinaria, la nulidad sería incompatible con la obligación de saneamiento por evicción<sup>10</sup>.

La diferencia existente entre una y otra figura no es más que, aunque en este segundo supuesto se producen dos ventas por parte de un mismo vendedor al igual que en la doble venta, sin embargo ya se ha producido la transmisión de la propiedad en una de ellas, mientras que lo que se intenta resolver en la venta doble será la adquisición del dominio por uno de ambos compradores.

El problema que usualmente nos encontramos es la negativa de la Jurisprudencia ante la aceptación de la *validez de la venta de cosa ajena*. Y, entre otros motivos, se tiende a considerar la segunda venta inexistente por falta de objeto; así, las sentencias de 27 de diciembre de 1932, 1 de junio de 1948, 23 de junio de 1951, 20 de octubre de 1954, 23 de mayo de 1955, 30 de enero de 1970; 7 de abril de 1971, 25 de febrero de 1972, 9 de mayo de 1980, 19 de diciembre de 1985, 25 de marzo de 1988, 11 de abril 1992. La respuesta de la Jurisprudencia ha sido la radical nulidad ante un contrato que carece de uno de sus elementos esenciales: el objeto<sup>11</sup>.

---

teoría del título y el modo hasta llegar a la teoría de la apariencia, una norma de preferencia entre terceros adquirentes de buena fe. Afirma la posibilidad de aplicar la norma a supuestos de colisión entre compradores de vendedor dueño y vendedor ya no dueño, de buena fe, pues a lo que se atiende es a la confianza suscitada.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ DE VILLACENCIO (*op. cit.*, pp. 172 ss), resalta, sin embargo, que el contrato de compraventa se habrá considerar como un contrato ordenado necesariamente a la transmisión de la propiedad; con independencia de lo que se quiera mantener acerca de si la obligación de transmitir el dominio forma o no parte de su contenido, supone dar la espalda a la realidad el negar que la voluntad de los contratantes está en transmitir y en adquirir.

<sup>9</sup> GAYOSO ARIAS: «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», *RDP* 1921.

<sup>10</sup> Estudio pormenorizado de la venta de cosa ajena, que es realizado por Fernández de Villacencio, (*op. cit.* pp. 182 ss), que la analiza desde el punto de vista de su posible ineficacia por el consentimiento (en el que algunos autores ven no sólo el error en las partes, como vicio invalidante, o dolo o mala fe en una de ellas, sino incluso una falta absoluta o inexistencia de éste); ineficacia por el objeto (en este sentido, se debe afirmar que la venta de cosa ajena lleva consigo un objeto determinado, posible y lícito, como más adelante veremos, aunque, en este último caso, sin que la licitud tenga algo que ver con la ajenidad, puede suceder que la equivocación pueda llevar a la formación defectuosa del consentimiento), y, por último, ineficacia por la causa (la causa inmediata de la compraventa, como así la definía el profesor De Castro, no será el intercambio de la cosa por el precio, sino más bien la recíproca asunción de obligaciones que posibiliten tal intercambio; la ajenidad, por ello, no priva al contrato de causa); el problema, sin embargo, lo hallaremos cuando el contrato persiga un fin ilícito o inmorral por aquel que vendió, a sabiendas de que no era dueño; nos encontramos con una causa ilícita, siempre y cuando tengamos en cuenta el motivo de una de las partes que le llevó a la realización del contrato.

<sup>11</sup> Fundamento de Derecho cuarto: El motivo tercero denuncia infracción de los artículos 1261.2, 1273 y 1310 del Código Civil por inaplicación de los mismos, en tanto

Algunos autores, con la finalidad de contrarrestar esta corriente doctrinal, afirman que la obligación del vendedor tiene por objeto directo la actividad propia de suministrar al comprador la cosa específica en la compraventa; pero esto no quiere decir que tal cosa sea el objeto directo de la obligación<sup>12</sup>. En lo referente al contrato de compraventa, cuando hablamos, por tanto, del objeto, no nos referiremos a aquello que el vendedor se ha comprometido a entregar, sino a dicha obligación de entrega. Y esto no es más que la conclusión a la que debemos llegar ante lo anteriormente expuesto: en nuestro sistema, el contrato de compraventa, por sí solo, no transmite la propiedad. El sistema de título y modo que el Código Civil impone, nos lleva a esta conclusión y ello da lugar a la validez de la venta, aún en supuesto de cosa ajena. Esta corriente, para declarar la nulidad de dicha venta, ha de centrarse en alguno de los requisitos del contrato, puesto que si no sucede así, la venta será válida ante el sistema de transmisión de título y modo. Por otro lado, hemos de recordar que en el contrato de compraventa, el objeto no es que sea inexistente, no es que la compraventa se realice sobre un bien que no se halla en el comercio, o que no posee entidad material, lo que ocurre es que este bien va a pertenecer a una tercera persona; no se encontrará, por tanto, en el patrimonio del vendedor, aunque el objeto realmente exista<sup>13</sup>.

Como vemos, lo que sucede en esta concepción jurisprudencial no es más que la confusión (puesto que no nos atrevemos a pensar en que sea un intento de introducción de sistemas extraños al nuestro), con el sistema consensual francés, en el que se declara la nulidad de la venta de cosa ajena; y ello es lógico: resulta inconcebible una compraventa que no produzca el traspaso inmediato del dominio (puesto que el vendedor no será dueño de la cosa) en un sistema que exige como requisito *sine qua non* el poder de disposición del vendedor en el momento de la realización del contrato, para alcanzar su perfección. Imposible todo ello de trasplantar a nuestro sistema, en el que la teoría del título y modo lo impiden: aceptar la nulidad de la venta por falta de objeto ante la imposibilidad del vendedor a transmitir, conllevaría que este objeto ha de ser disponible en el momento de la realización del contrato, y que éste se perfeccionaría ya en esta fase. Por tanto, el objeto será existente por lo anteriormente señalado: se encontrará en el patrimonio de una tercera persona, y no en el del que va a disponer de él, pero ello no conlleva la afirmación rotunda de su inexistencia, ya que esto sería falso.

Se ha de añadir más, y es que debemos centrarnos en la idea de que la venta, en nuestro derecho, producirá dos tipos de efectos: por un lado, obligacionales, en el sentido de que, al no transmitir la propiedad con el solo hecho del contrato, sino mediante la *traditio*, será eficaz la venta en lo referente a las obligaciones contraídas por ambas partes. Cuestión aparte serán los efectos reales que puede

---

que no hay contrato sin objeto cierto y que los objetos deben ser determinados en cuanto a su especie, no pudiendo convalidarse los contratos que adolezcan de tal vicio. Si bien es cierto, el contenido de los preceptos que se citan sigue vigente cuanto se expresó en el primer motivo, aunque se afirme que en la realidad extrarregistral las parcelas no coinciden, y, en consecuencia, el motivo trae supuesto de la cuestión, cosa prohibida en recurso extraordinario como el que nos ocupa, aparte de que la existencia o no de los contratos y la concurrencia o no de sus requisitos esenciales es cuestión fáctica reservada a la instancia, que ha de mantenerse en casación, salvo que se impugne por vía adecuada, razones que fuerzan al perecimiento del motivo.

<sup>12</sup> ROCA SASTRE: «La venta de cosa ajena», en *Estudios de Derecho Privado I*, Madrid, 1948.

<sup>13</sup> Ver nota 24.

producir dicha venta. Y éstos se producirán, dependiendo de la situación ante la que nos encontremos, como bien nos aclara Miquel González <sup>14</sup>. Si el transmitente es propietario, la venta producirá los efectos reales en cuanto vaya acompañada de la tradición que nuestro sistema exige; sin embargo, si nos encontramos ante un transmitente no propietario, para la adquisición de la propiedad la venta habrá de ir acompañada no sólo de la *traditio*, sino de otros elementos tales como la buena fe, posesión y la venta como justo título, para que se diera lugar a la usucapción ordinaria, o bien en nuestro caso, la concurrencia de los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria para que se produzca la adquisición a *non domino* del comprador. Por tanto, en esta venta de cosa ajena, el problema no se halla en si es o no válida, que lo es, sino en la consecución de los mismos efectos reales que una compraventa realizada por un propietario alcanzaría mediante la *traditio*; en la de cosa ajena, la tradición vendría acompañada por otros requisitos que darían lugar a la adquisición del dominio mediante usucapción, por parte del comprador <sup>15</sup>.

Es más, se ha de recordar que no es lo mismo que el objeto no exista, como que se halle en el patrimonio de otro; en este caso, existirá tal bien. El problema que se nos plantearía entonces sería que el comprador no poseería la libre disposición del bien en el momento de la realización del contrato. Como sabemos, para el contrato de compraventa, es innecesaria la libre disposición de los bienes. Aunque el contrato no va a transmitir por sí solo el dominio <sup>16</sup>, es diferente que sea o no válido y eficaz. Para contratar únicamente hace falta tener capacidad de obligarse. Como bien nos hace observar Miquel <sup>17</sup>, la propiedad se va a transmitir en un contrato de compraventa mediante la tradición, y, por ello, la propiedad del transmitente se va a exigir en el momento de la tradición, y no de la venta. Esto nos lleva a la conclusión de afirmar con rotundidad la validez y eficacia de la venta de cosa ajena, aun cuando el vendedor no sea propietario ya del bien, pero que, como hemos expuesto, sólo esto será necesario en el momento de la tradición, e incluso podrá ser suplido mediante la adquisición originaria (vía art. 34 LH, o por usucapción).

### C) ARTÍCULO 1473 <sup>18</sup>

Resumiendo lo anteriormente expuesto, nos encontramos, por tanto, ante dos supuestos: la doble venta y la venta de cosa ajena, que consistirán ambas en

<sup>14</sup> «Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, septiembre-diciembre 1983, volumen 3, pp. 719 ss.

<sup>15</sup> MIQUEL GONZÁLEZ (*op. cit.* p. 725), abunda más en la idea de la validez, argumentando que el artículo 1953 del Código Civil, al exigir que el título de la usucapción sea válido, presupone la validez de la venta de cosa ajena, puesto que si fuera la venta nula o anulable no podría producir los efectos reales a los que da lugar en la usucapción.

<sup>16</sup> CAÑIZARES LASO: «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en *ADC* 1991, pp. 1486 ss.

<sup>17</sup> «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *Cuadernos Civitas núm. 3*.

<sup>18</sup> Fundamento de derecho tercero: el motivo segundo acusa de infracción del artículo 1473 del Código Civil, pero para ello prescinde de la realidad formal expresada en el motivo anterior y como en él, pretende realizar un nuevo examen y valoración de la prueba, como si en tercera instancia se encontrase, cosa que en modo alguno es la casación; y esta Sala tiene establecido que el principio *prior in tempore, potior est iure* no es suficiente cuando entra en juego el mecanismo registral característico del sistema inmobiliario español, donde la prioridad es preciso ponerla en relación con el Registro de la Propiedad, por



la realización de dos contratos de compraventa, a diferentes compradores de un mismo bien, y por igual vendedor, diferenciándose ambos supuestos en que en la doble venta este vendedor no transmite a ningún comprador la propiedad del bien, mientras que en la venta de cosa ajena, en el primer contrato (si ha entregado), ya transmite dicho dominio, y por tanto, no será dueño del bien cuando realice el segundo.

Aceptada dicha diferenciación, el problema ante el que nos encontramos será la aplicabilidad del artículo 1473 del Código Civil. ¿Es necesario, para acudir a este artículo, que el vendedor no haya transmitido la propiedad en la primera compraventa, o por el contrario, es posible acogerse a él, aun en el caso de que ya no sea dueño del bien cuando realice la segunda venta?

Comencemos primero con una breve referencia a los antecedentes de este precepto, análisis éste que en todos los campos del Derecho merece la mayor consideración (puesto que nos lleva, en la mayoría de las ocasiones, a fundamentar una postura determinada en torno a cierta polémica doctrinal). Así, el origen de dicho artículo lo hallamos en los preceptos 1.396 y 982 del proyecto de García Goyena de 1851. El primero establecía que «si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 982». Mientras, este artículo comenzaba afirmando que «cuando por diversos contratos se halla uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas...». Posteriormente, los Anteproyectos de 1882 y 1888 refundieron ambos artículos.

Este análisis histórico deja entrever la referencia del artículo 1473 hacia el supuesto de venta de cosa ajena. Y ello es lógico si pensamos que este Proyecto de 1851, fiel reflejo del sistema francés, se enmarcaba en la consumación del contrato por el simple consentimiento, es decir, imponía un sistema consensual para la transmisión de la propiedad. Por ello, no tiene sentido pensar en la existencia de la doble venta, supuesto de imposible aparición, sino más bien en que el artículo 1473 lo que resolvía era la colisión entre aquel que había comprado en primer lugar (y que era ya dueño del bien, puesto que en este sistema la propiedad se transmitía por la simple voluntad de las partes reflejada en el contrato), y aquel que compró por segunda vez del mismo vendedor, que ya no era dueño del bien. Al existir un sistema consensual, la venta de cosa ajena era lo único que el artículo 1473 debía resolver.

En nuestro ordenamiento, con la implantación de un sistema causalista, tal y como anteriormente mostramos, en el que ya no sólo es necesario el contrato para transmitir la propiedad, sino que éste ha de ir acompañado por la *traditio* o entrega (real o ficticia) del bien, aparece la figura de la doble venta, puesto que pueden suceder que se realicen dos contratos por un mismo vendedor, pero que en ninguno se llegue a transmitir el dominio.

Y aquí aparece el planteamiento con el que comencé este apartado: la división doctrinal en torno a si es o no presupuesto esencial para la aplicabilidad de

---

lo que en caso de doble venta de un bien inmueble urbano, en la que el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad sustantiva civil) no inscribe en el Registro de la Propiedad y el posterior sí realiza la inscripción a su nombre, confiere a este último la propiedad, siempre que medie buena fe, que en materia de derechos reales no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento (SS de 16 de febrero de 1981 y de 23 de enero de 1989), por todo lo cual este motivo también decae.

este artículo la no transmisión del dominio por parte del vendedor en la primera compraventa.

Existen opiniones de diversa índole; por un lado, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros<sup>19</sup> afirman con rotundidad que si existe transmisión en una de las ventas, nos encontraremos ante una compraventa de cosa ajena, ya que el contrato se habrá perfeccionado sujetándose a su tratamiento y no al del artículo que ahora nos ocupa. Con la inclusión de ésta en el artículo 1473 nos llevaría a una extensión indebida del problema de la doble venta al caso en el que dos o más personas hayan realizado un contrato de compraventa seguido de tradición sobre una misma cosa y con un mismo vendedor, en el que no se plantean dudas acerca de quién adquiere la propiedad, puesto que las tradiciones posteriores a la primera carecen de eficacia traslativa<sup>20</sup>. Intentar compaginar, para estos autores, el régimen jurídico de la doble venta con el de la venta de cosa ajena es inadmisibile.

Sin embargo, opinión diferente es la sostenida por quienes defienden la subsistencia de la doble venta cuando el primer comprador haya recibido ya la entrega con valor traditorio<sup>21</sup>, es decir, que en el artículo 1473 se recoge también la venta de cosa ajena, definiendo el supuesto de hecho de dicho artículo como «aquel configurado por dos o más contratos de compraventa válidos y eficaces, cuyos cumplimientos son incompatibles y celebrados sobre la misma cosa o derecho, por el mismo vendedor que, por lo menos en relación con uno de ellos, era el titular de aquella cosa o derecho doblemente vendido, con independencia de que alguno de los compradores haya o no recibido ya la entrega de la cosa, real o ficticia, con su eventual trascendencia traditoria». Es más, se afirma la posibilidad de compatibilizar ambos regímenes jurídicos<sup>22</sup>.

Esta segunda opinión es la que nos parece la más acertada, y ello por diferentes motivos. En primer lugar, sus antecedentes claramente nos muestran cómo es necesario entender este artículo 1473 en el seno de un sistema causalista, pero cuyo origen y cuya finalidad es la de resolver el supuesto de venta de cosa ajena, ya que aparece en un sistema consensual. Este precepto queda enmarcado en nuestro Código Civil, aunque no debemos olvidar que surge en un sistema consensual, para resolver la colisión entre dos ventas (aun cuando en una de ellas ya existió transmisión del dominio).

Por otro lado, es importante recordar que para afirmar que el contrato unido a la *traditio*, transmite el dominio, no es necesario el artículo 1473. Más claramente; si consideramos que este precepto únicamente va a discernir la polémica en torno a dos contratos realizados por un mismo vendedor, aportando como solución que el contrato que haya sido seguido de tradición (identificada en la

---

<sup>19</sup> *Sistema de Derecho Civil* volumen III, 1993.

<sup>20</sup> PAU PEDRÓN: «Artículo 606 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, del Ministerio de Justicia, 1993, tomo I.

<sup>21</sup> RIVAS MARTÍNEZ, «Eficacia ofensiva de la inscripción registral», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

<sup>22</sup> RUBIO GARRIDO («Doble venta, venta de cosa ajena, el principio del título y modo, y las adquisiciones a *non domino*» en *ADC*), afirma la posibilidad de compatibilizar tales regímenes jurídicos estableciendo que si la perfección de una compraventa implicase *per se* la automática nulidad de todas aquellas que eventualmente pudieran concluirse con posterioridad sobre la misma cosa, el artículo 1473 no tendría ningún sentido, o tendría un sentido inaplicable.

inscripción, realizada mediante escritura pública; en la posesión, como *traditio* real), es el contrato que transmitirá el dominio, entonces una de dos: o sobra el artículo 609, o el artículo 1473 es una repetición innecesaria del mismo. Para concluir en la preferencia de un contrato sobre otro debido exclusivamente a que éste es seguido de tradición, no hacía falta acudir al artículo 1473; la solución la encontraremos en este otro precepto, el artículo 609, que nos advierte que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. De ahí que si no entendemos incluida la venta de cosa ajena en el artículo 1473, este precepto carecería de algún sentido lógico.

Pero, es más, partiendo de la idea (que en el apartado anterior expusimos) de que la venta de cosa ajena se debe considerar como contrato válido y eficaz, hallaremos dos contratos perfeccionados: uno de ellos ha sido consumado por la *traditio*; sin embargo, cabe la posibilidad de que el segundo comprador pueda adquirir originariamente, es decir, mediante la inscripción de su contrato en el Registro de la Propiedad, y ser considerado como tercero hipotecario. En este sentido, se debe admitir que nos encontramos ante la colisión de dos contratos que se han realizado por un mismo vendedor: de un lado, el comprador al que se le transmitió el dominio, y de otro, aquel que inscribió en el Registro. Esto es lo que debe solucionar este artículo 1473.

Nos podremos encontrar, por tanto, con diferentes casos que deberá resolver este precepto:

El supuesto en el que un mismo vendedor realice dos compraventas a diferentes compradores, no transmitiendo el dominio. Por tanto, el comprador que adquiera lo hará mediante la inscripción en el Registro, o por la posesión, o bien por tener la escritura de fecha más antigua. Pero siempre adquiriendo de manera derivativa del dueño del bien.

También cabe el supuesto en que el vendedor transmita la propiedad en la primera compraventa, y posteriormente realice sobre el mismo bien una segunda venta. Aquí pueden suceder diferentes posibilidades: que este segundo comprador no inscriba, y, por tanto, al carecer de eficacia traslativa, continuará siendo propietario el primer comprador. Que inscriba en el Registro de la Propiedad, y en este caso, aun habiendo adquirido de un *non domino*, al haber realizado la inscripción, adquirirá originariamente, superponiéndose al primer comprador que recibió por *traditio* (cuestión diferente será la de establecer si efectivamente tiene que cumplir o no con todos y cada uno de los requisitos recogidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que posteriormente analizaremos).

Puede suceder también que el primer comprador entre en la posesión del bien y que posteriormente se venda el mismo a un segundo que inscriba. Para sus efectos, el caso es el mismo que en el anterior, es decir, el segundo comprador adquiere de forma originaria.

Por último, puede llegar el supuesto en el que ambas ventas sean realizadas por un *non domino*. ¿Cabe la posibilidad de aplicar el artículo 1473 para una doble venta de cosa ajena? Imaginemos que el vendedor A vende doblemente el bien primero a B y luego a C, sin ser el dueño, aunque en el Registro aparezca como tal (ya que si no sucede así, el comprador no se verá protegido como tercero hipotecario). Ambos contratos serán válidos y eficaces, tal y como expusimos

anteriormente. Sin embargo, para poder adquirir alguno de los compradores, deberán inscribir en el Registro y reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Tras todo esto, queda clara la adquisición por parte del comprador que cumple con lo establecido en el artículo 1473. Al restante sólo le queda ejercitar una serie de acciones contra el vendedor. Éste responderá en caso de evicción, aunque sólo lo podrá ejercitar cuando el verdadero propietario reivindique. Pongámonos en el caso de que el segundo comprador que ha inscrito aún no le ha reivindicado el bien, pero sin embargo llega a su conocimiento la existencia de este segundo contrato. ¿Podría ejercitar la acción de incumplimiento del artículo 1124? Ya hemos afirmado anteriormente que el contrato de compraventa no transmite por sí sólo la propiedad. El vendedor no se obliga a ello y por tanto no existe incumplimiento contractual<sup>23</sup>.

Otra solución es la del artículo 1160; en él se establece que para que el pago sea válido, el que lo realiza deberá tener la libre disposición de los bienes; sin embargo, para ello, la *traditio* habrá de entenderse como un pago de una obligación de transmitir la propiedad, obligación por otra parte, que no existe.

Como medio de protección, Cañizares plantea, refiriéndose a las prohibiciones de disponer, pero pudiendo trasladar a nuestro caso, que si lo que se pretende es la nulidad de la transmisión, tendrá una acción declarativa de carácter negativo, para lograr impedirlo.

Lo que sí es cierto es que el resultado es el mismo en la doble venta que en la venta de cosa ajena cuando el segundo comprador no inscribe: el *dominus* será aquél a quien le transmitió la propiedad; no es necesario el artículo 1473, ya que se halla resuelto en el artículo 609 del Código Civil. El problema a dilucidar será, sin embargo, cuando existan dos compradores a los que a uno se le transmite el dominio y el otro se inscribe en el Registro. ¿Cuál de los dos compradores prevalece? La solución se deberá hallar en el artículo 1473 del Código Civil.

## 2.º TERCERO HIPOTECARIO<sup>24</sup>

Aceptando, por tanto, que la venta de cosa ajena queda incluida en el artículo 1473, el problema que aquí se nos plantea es si efectivamente este comprador

<sup>23</sup> Diferente sería, tal y como señala CAÑIZARES LASO en «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en *ADC* 1991, pp. 1453 ss., que las partes hubiesen pactado expresamente obligación de transmitir. Aquí podría este comprador acogerse al artículo 1124, debido a la inclusión en el contrato de una nueva obligación, la de transmitir el dominio. Otra solución, continúa CAÑIZARES, es la que nos podemos encontrar en la práctica, y es la de reconducción por vía del artículo 1258 de entender integrado en el contrato dicha obligación.

<sup>24</sup> Véase nota 17; fundamento de Derecho quinto: ... Omite el motivo que, según la propia Sentencia, «no puede inferirse que la compraventa formalizada en la misma escritura sea inexistente por falta de objeto, pues la finca enajenada tiene una realidad física evidente, como lo demuestra el hecho de que pueda identificarse con parte de la parcela núm. 5 enajenada previamente a los actores en 1968», aparte de que la posible inexactitud no se proyecta sobre la compraventa y que el adquirente que inscribió ostenta la cualidad de tercero hipotecario, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es decir, que, conforme al artículo 32, los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no le

habrá de cumplir o no con los requisitos que se le exige a aquél que inscribe de acuerdo con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Nos hemos encontrado con un segundo comprador que inscribe en el Registro y que por ello prevalecerá frente al que recibió la tradición. Pero aquí cabe preguntarnos si debe o no cumplir algún tipo de requisitos. ¿Los recogidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria? ¿Quizá los del artículo 32?

Para no ser demasiado prudente a la hora de mostrar la postura que acojo, comenzaré afirmando mi total acuerdo con la tesis monista con respecto a la figura del tercero. Como es de todos conocido, el tercero hipotecario ha sido entendido de dos maneras muy diferenciadas por la doctrina<sup>25</sup>: de un lado, los partidarios de la tesis dualista<sup>26</sup> ven dos terceros distintos, el recogido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que debe reunir los requisitos que en este precepto se exigen, y el establecido en el artículo 32 de la misma Ley, en el que ya no son necesarios todos y cada uno de estos requisitos. La tesis dualista ya no es del todo unánime a la hora de fijar las condiciones que debe reunir el tercero del artículo 32.

En cuanto a la tesis monista<sup>27</sup>, explica la postura de un único tercero defendido en la Ley Hipotecaria: aquel que reúna las condiciones del artículo 34, mientras que los restantes preceptos vendrían a complementarlo, incluido el artículo 32. Este argumento es criticado, ya que deja fuera de protección supuestos tales como el inmatriculante que inscribe su derecho y se ve perjudicado por la falta de inmatriculación de su transmitente, o el que no consigue la reanudación del tracto sucesivo. Sin embargo, esto es justificable, en la medida en que, tras la relevante reforma que se realiza en 1944 en la Ley Hipotecaria, cambia por completo nuestro sistema hipotecario. De tener un sistema basado en elementos extrarregistrales<sup>28</sup>, se elimina el sistema de notificaciones del artículo 34, y se centra toda la atención en el principio de fe pública que éste recoge: el tercero hipotecario será el que reúna los requisitos que se explicitan en el artículo 34. Así lo establece la exposición de motivos de la Ley. Y ello es del todo lógico, si

---

perjudican; y si es válido el contrato de 1980, como aquí ocurre, al tercero del artículo 34 no le afecta la excepción del artículo 33, lo que hace decaer el motivo, que, por cierto, aunque cite el artículo 39 de la Ley Hipotecaria, en el encabezamiento, para nada se refiere a él en el desarrollo, lo que impide entrar en su examen.

<sup>25</sup> ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario* 7.ª edic., Barcelona, 1979; y GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, volumen II, 1993.

<sup>26</sup> Entre los autores partidarios de esta tesis se encuentran DIEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, VALLET DE GOYTISOLO, GARCÍA GARCÍA...

<sup>27</sup> Seguidores de esta tesis seran ROCA SASTRE, MIQUEL GONZÁLEZ, PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS...

<sup>28</sup> No olvidemos que el artículo 34 se caracterizaba por el sistema de notificaciones: el tercero que inscribía era protegido frente al que no lo hacía, porque, según el artículo 23 (actual 32), los títulos no inscritos eran inoponibles frente a los que sí se hallaban inscritos. Sin embargo, cuando el título sí se encontraba inscrito (caso, por ejemplo de que el título del verdadero dueño estuviera inscrito, y posteriormente hubiese conseguido entrar un título falso y posteriormente el del tercero que adquiere de éste último), en este caso, el artículo 34, que debía proteger debido al principio de fe pública que en él se recogía, sin embargo, la protección del tercero se realizaba mediante un sistema de notificaciones, que se ejecutaban a los dueños anteriores del bien en veinte años atrás. Con este elemento totalmente extrarregistral se enervaba toda eficacia del principio de fe pública, puesto que el tercero no era protegido por su confianza en el Registro, sino más bien por la realización de la notificación de su adquisición (algo completamente ajeno a lo que el Registro representa).

pensamos que a quien se está ofreciendo protección es a aquél que confía en lo que los folios registrales publican. Aunque posteriormente el texto refundido de 1946 vuelve a introducir el artículo 32 (que fue suprimido en la anterior reforma), ello lo hace en el marco ya creado de la Ley de 1944.

Teniendo, por tanto, presente que el tercero hipotecario es el del artículo 34, realicémosnos la siguiente cuestión: ¿Qué requisitos o condiciones ha de reunir el comprador que inscribe? ¿Ha de considerarse tercero hipotecario?

Diferentes supuestos son los que pueden llegar hasta nosotros: primero, puede suceder que el vendedor esté inscrito en el Registro, y posteriormente realice dos ventas, en la primera transmita la propiedad, pero no se inscribe, y en la segunda, el comprador sí llega a inscribir. Según el artículo 1473 del Código Civil, este comprador que ha inscrito será el que permanezca con el dominio del bien. Sin embargo, no es una inscripción más, sino que habrá de ser considerado como tercero de otra relación, la que une al vendedor con el comprador al que le transmitió la propiedad. Esto lleva a exigir en éste todos y cada uno de los requisitos recogidos en el artículo 34, es decir, que para poder adquirir originariamente, y ser mantenido como *dominus* frente al anterior comprador, habrá de adquirir onerosamente, de buena fe, y con previa inscripción de su transmitente.

También nos podemos encontrar con el supuesto en el que el vendedor no transmita la propiedad al primer comprador, y realice una segunda venta, cuyo comprador inscriba. En este caso, no es necesario el cumplimiento de cada uno de los requisitos del artículo 34, y ello fundamentalmente porque este segundo comprador adquirirá la propiedad derivativamente, del propio *dominus*, independientemente de la inscripción como tercero o no. Es decir, que lo aquí relevante es que tal inscripción se ha tenido que llevar a cabo mediante escritura pública, la cual, como sabemos, se considera como *traditio* simbólica, y, por tanto, se llevó a cabo la transmisión de la propiedad, independientemente de si se cumplen o no cada uno de los requisitos del artículo 34<sup>29</sup> en este segundo comprador.

Otro supuesto posible de ocurrir será aquel en el que el vendedor no se halle inscrito en el Registro como propietario del bien objeto de la compraventa. Si no llega a transmitir la propiedad en la primera venta, el segundo comprador que inscriba será el que adquiera la propiedad, debido como se ha expuesto antes, a la realización de escritura pública (necesaria, como sabemos, para la inscripción). Si, por otro lado, el vendedor transmite la propiedad al primer comprador, el segundo, aún inscribiendo en el Registro, no gozará de la misma protección que en el supuesto anterior, y ello debido a que es un inmatriculante. Carecerá del requisito de previa inscripción de su transmitente, y, por tanto, no podrá ser protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En este supuesto concreto, nos hallaríamos ante una venta de cosa ajena, tal y como se ha demostrado, en la que los vendedores, don Antonio y doña Concepción, inscritos en el Registro, realizan dos ventas, de las que el segundo comprador, don Luis, llega a inscribir. Al haber transmitido al primero el dominio de la

---

<sup>29</sup> JORDANO FRAGA (ADC 1989, pp. 1349 ss.), bien afirma que al tratarse de un segundo comprador inmatriculante de buena fe, en conflicto con un primer comprador que no adquirió extrarregistralmente la propiedad, por falta de *traditio*, la preferencia del inmatriculante sobre el que no inscribió funciona completamente ajena al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

finca, don Luis va a adquirir originariamente, es decir, no del propietario sino de un *non dominus*, pero le será exigible, para la prevalencia que en el artículo 1473 se le ofrece, el cumplimiento de cada uno de los requisitos que se establecen en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, como tercero protegido por ella. Esto sucede en nuestro caso, ya que el segundo comprador, don Luis, es un adquirente de un derecho real, a título oneroso, de buena fe, y de un transmitente ya inscrito.

Sin embargo, y ante la idea que se expone en la Sentencia de buena fe, debemos preguntarnos qué concepción de ésta se recoge en el artículo 1473. ¿Es la buena fe explicitada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria? ¿Podría ser la establecida en el artículo 36?

La buena fe que se exige en el tercero para ser protegido por el artículo 34 es una buena fe objetiva, basada en la confianza, en lo que el Registro está publicando. Sin embargo, la diferencia con el artículo 36 es que éste exige, además de los requisitos exigidos en el artículo 34, una buena fe especial, debido a su supuesto de hecho, en el que entra en conflicto un tercero hipotecario con un usucapiente<sup>30</sup>. Para que prevalezca este tercero es necesario que reúna una buena fe, consistente en el desconocimiento, o lo que es más importante, la carencia de medios racionales para conocer que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona diferente de su transmitente.

El artículo 1473 del Código Civil, y es exigida por la mayoría de la jurisprudencia, requiere la buena fe en el comprador que prevalece y que es el que inscribe. Sin embargo, ¿qué buena fe es la exigida? Nos podemos encontrar, de nuevo, y según nos explica Miquel González, ante diferentes supuestos: de un lado, cuando el primer comprador, al que se le transmitió la propiedad pero no inscribió, no ha llegado a tomar posesión del bien. En este caso, es exigible la buena fe del artículo 34, la confianza en lo que el Registro publica, y con ella el segundo comprador será protegido en su adquisición.

Pero nos encontramos con un segundo supuesto, y es aquél en el que el primer comprador ha tomado posesión de la finca y llega a usucapir; en este caso, tanto si se le transmitió la propiedad como si no ocurre así, para que el segundo comprador que inscribió y que cumple con cada una de las condiciones exigidas en el artículo 34 sea mantenido en su adquisición originaria, se le exigirá además la buena fe recogida en el artículo 36.

La Sentencia se refiere en su fundamento 3.º a la buena fe requerida por el artículo 34, definiéndola como estado de conocimiento más que estado de conducta; ligándola al Registro de la Propiedad. Sin embargo, aquí olvida el Tribunal la posible existencia de un primer comprador usucapiente. En este supuesto, a don Luis únicamente se le exigirá la confianza en lo publicado por el Registro (buena fe registral), siempre que don Alberto no hubiera usucapido, ya que entonces le sería exigible a don Luis una buena fe extrarregistral, la basada en el hecho de que no conoció ni tuvo medios racionales para conocer tal prescripción adquisitiva. Esta buena fe, diferente de la recogida en el artículo 34, habrá de ser añadida a éste para que el tercero hipotecario, comprador que prevalece frente al restante, sea mantenido en su adquisición.

---

<sup>30</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, conferencia inédita ofrecida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga sobre «La adquisición a *non domino* de la propiedad».

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Silvia ALGABA ROS; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Margarita CASTILLA BAREA; Rocío DIÉGUEZ OLIVA; Luis FAJARDO LÓPEZ; Antonio GÁLVEZ CRIADO; Gabriel GARCÍA CANTERO; Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA; Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ; Ana Isabel HERRÁN ORTIZ; Antonio JIMÉNEZ CLAR; Javier LARENA BELDARRÁIN; Eva MARTÍN ORIVE; M.<sup>a</sup> Isabel MONDÉJAR PEÑA; Óscar MONJE BALMASEDA; Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, y Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

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*.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

**1. Irretroactividad de la Ley 1/1982, de 5 de mayo.**—Esta Ley, al carecer de disposiciones de derecho transitorio, es irretroactiva por imperativo del artículo 2.3 CC. Este principio de irretroactividad es acogido por la doctrina jurisprudencias que se contiene entre otras en las SSTs de 28 de mayo de 1990 y de 20 de abril de 1991. No impide la apreciación de irretroactividad alegar que las consecuencias del acto enjuiciado «se siguieran produciendo en el tiempo hasta el año 1987, pues ello ocurre siempre que las consecuencias de un acto humano no son restituidas por un acto posterior (STC 35/1987, de 18 de marzo) y equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad de demandar, lo que va contra la Ley 1/1982, que emplea el rígido instituto de la caducidad y no de la prescripción para regular el plazo de ejercicio de las acciones por infracción del honor, imagen e intimidad (art. 9.5)».

«La protección del honor no exige dar a la Ley 1/1982 ningún efecto retroactivo. Con mucha anterioridad a la Constitución la jurisprudencia de esta Sala, mantuvo la doctrina constante y reiterada de que el agraviado podía en vía civil obtener la reparación de los daños morales y materiales a través de la vía del artículo 1902.»

**Apreciación de la irretroactividad por el órgano jurisdiccional.**—«El principio de irretroactividad de las leyes ha de ser observado escrupulosamente por el órgano judicial cuando aquéllas no contengan explícitamente o implícitamente mandato de retroactividad, pues guarda una directa y estrecha relación



con el principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), que forma parte del contenido de orden público.»

**Principio general de efectividad de los actos administrativos.**—No «existe intromisión ilegítima en el ámbito del honor del actor por el hecho de que los demandados ejecutasen la decisión sancionadora conociendo o debiendo conocer por razón de sus cargos, la ilegalidad de que adolecía el expediente sancionador, y a pesar de no ser firmes las sanciones porque habían sido recurridas. Se olvida el principio general de efectividad de los actos administrativos por la presunción de su legalidad, que debe ser acatado por todos, especialmente por los órganos federativos» y sus representantes. (STS de 28 de noviembre de 1995; ha lugar.)

**HECHOS.**—En 1979 aparecieron dos notas en los Diarios D. y H. en las que se transcribía y se noticiaba respectivamente una sanción impuesta al actor por la Federación Española de Karate. Con posterioridad, en 1987 se anuló dicha sanción por motivos procedimentales. Es por ello que el actor instó una demanda judicial sobre protección de los derechos fundamentales de la persona contra la Federación Territorial Vizcaína de Karate, don J. M. B., don M. G. B. y don J. M. C. solicitando que abonasen solidariamente la cantidad de 10.000.000 de pesetas y que publicasen una nota en los Diarios implicados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada dicha sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso.

Interpuestos recursos de casación, el TS los estimó.

**NOTA.**—En materia de retroactividad, la presente S, aunque no lo mencione expresamente, acoge la existencia en nuestro Derecho de «un principio general de presunción de no retroactividad» (Díez-Picazo, en *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 209). En efecto, dado que en la Ley 1/1982, de 5 de mayo no existe ninguna disposición concreta que regule la retroactividad o no de la citada Ley, será preciso acudir por vía interpretativa a otros criterios que nos ayuden a determinar la existencia o no de una retroactividad implícita. En este sentido, cita la S los preceptos que acogen el instituto de la caducidad para determinar el plazo para el ejercicio de las acciones por infracción al honor, imagen e intimidad y la doctrina jurisprudencial que permitía, con anterioridad a la CE, al agraviado en su honor, la defensa de sus derechos vía artículo 1902 CC.

Resulta significativa la consideración que realiza la S comentada en su FD primero, en el sentido de que «el actor no tuvo necesidad de la promulgación de la Ley 1/1982 para accionar por la publicación de las notas a las que inicialmente se ha hecho referencia, y en la fecha de su demanda ya tenía prescrita la acción —del art. 1902 CC—, pues es opinión generalizada el hecho de que la prescripción sólo puede ser alegada por la parte a quien interese y no es susceptible de ser apreciada de oficio. (S. A. R.)

**2. La mera parquedad en los argumentos jurídicos que justifican un fallo judicial no constituye falta de motivación de la decisión.**—Es de tener en cuenta la amplia doctrina interpretativa de esta Sala, cuando aclara que la parquedad en el razonamiento no supone falta de motivación, siempre que de la

Sentencia impugnada se desprendan los fundamentos jurídicos que amparan la decisión final; sin que ello quiera decir que sea necesario combatir uno a uno los argumentos alegados, que pueden en ocasiones ser desechados globalmente, a virtud de otras argumentaciones (SS de 10 de abril de 1984; 6 de octubre de 1988; 12 de noviembre de 1990, etc.).

**La existencia y régimen de los derechos se somete a la legislación bajo la que nacen, pero su ejercicio, duración y procedimiento para ejercitarlos se adecuaran al Derecho adjetivo imperante en el momento de hacerlos valer.** **Interpretación doctrinal de la disposición transitoria cuarta CC.**—Se parte pues de la distinción entre el derecho en sí, y el ejercicio de este derecho, quedando fijado el primero, en su existencia y términos, con arreglo a la legislación que le vio nacer, mientras que, por el contrario, su ejercicio se atemperará al momento en que haya de tener lugar, y al derecho adjetivo que entonces rija; se trata de una mutabilidad del ejercicio de los derechos, frente a la invariabilidad del derecho subjetivo, y puede entenderse como una excepción al principio general de la irretroactividad de la norma. Literalmente, la interpretación que procede hacer de la norma que analizamos, debe referirse al «ejercicio», a la «duración», y al «procedimiento» para hacer valer los derechos y las acciones, interesando en el caso de autos sólo la «duración» de los mismos en cuanto a su ejercicio. Esta duración está directamente relacionada con la prescripción extintiva y con la caducidad, encarnando estas dos instituciones la afección del derecho o la acción al tiempo; siendo coherente que el paso del tiempo en el ámbito de la creación del derecho objetivo, mediante el cambio legislativo, afecte también al régimen de la prescripción y de la caducidad de un derecho o acción, aunque hayan nacido con anterioridad.

**Interpretación auténtica de la disposición transitoria cuarta CC.**—En la exposición de motivos de la segunda redacción CC, publicada mediante Real Orden de 29 de julio de 1889, se aclara precisamente la excepción contenida en la disposición transitoria cuarta, diciendo: «si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración, y los procedimientos para hacerlos valer se eximan de aplicarle los preceptos del Código», añadiendo a continuación, con intención explicativa: «todas estas disposiciones tienen un carácter adjetivo, y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efectos retroactivos». Éste es el verdadero y auténtico sentido interpretativo del contenido de la norma. (STS de 8 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Uno de los tres socios de una sociedad anónima pretende la impugnación y suspensión cautelar de una serie de acuerdos sociales por inasistencia del mismo a las juntas en que se adoptaron. El actor, cuya demanda y posterior recurso de apelación fueron desestimados, pretende enervar la apreciación de caducidad de la acción que ejercita solicitando la aplicación de la LSA de 1951, bajo la que se constituyó la sociedad, que no somete a plazo de caducidad la acción en cuestión. Las sentencias de instancia sometían la cuestión a la LSA de 1989. (M. C. B.)

**3. Interrupción de la prescripción.**—La cuestión planteada es la de la elección entre la prevalencia del artículo 944 CCO —que no contempla específicamente la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción—

sobre el artículo 1973 CC, o, por el contrario, la prevalencia de este último precepto, cuya fuerza expansiva e integradora haría posible que se estimara eficaz, en el ámbito mercantil, la expresada forma interruptiva de la prescripción. Sin embargo, la solución favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materias civil y mercantil puede apoyarse en las siguientes razones: 1.<sup>a</sup> La reclamación extrajudicial fue introducida *ex novo* por el CC como medio de extender las posibilidades del acreditamiento del *animus conservandi* de las acciones, frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal *derelictio* de los derechos. 2.<sup>a</sup> Cronológicamente, la posterior fecha de promulgación y publicación CC, respecto CCO, abona la solución de integración que se propone, al considerar incorporado tal medio incorporativo de la prescripción al artículo 944 CCO. 3.<sup>a</sup> El principio conforme al cual debe entenderse que la Ley general no deroga a la Ley especial no es aplicable a este supuesto, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida *especialidad* frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles, sino más bien argumentos en contra derivados del criterio antiformalista que para los contratos de comercio reconoce el artículo 50; de la importancia del principio de buena fe en la ejecución y cumplimiento de estos contratos, que recoge el artículo 57, y del principio de favor al deudor en cuanto a las dudas que se originase, señala el artículo 59, todos CCO. 4.<sup>a</sup> Las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en este caso, si pese a lo dicho se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría infracción del principio de igualdad ante la ley, reconocido por el artículo 14 de la vigente Constitución. 5.<sup>a</sup> La pauta seguida por el legislador mercantil en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, que tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias (art. 89) aclara que serán causas de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1973 CC, lo que supone una decidida apuesta a favor de la estimación unitaria de aquélla. La extrapolación de esta solución a todo el ámbito mercantil resulta imprescindible, dada la incidencia de la regulación de la letra de cambio en todo el ámbito comercial, como instrumento en muchas ocasiones del pago del precio o de los servicios prestados por consecuencia de los contratos mercantiles, situación que contribuye a afianzar la tesis unitaria de la interrupción.

**Interpretación restrictiva de la prescripción.**—Reiterada y constante doctrina jurisprudencial señala que la prescripción, en cuanto limitación al ejercicio tardío de los derechos y ser una institución que no se halla fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento puramente restrictivo y ello aun en materia mercantil. (STS de 5 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—R. I., S. A., interpuso demanda contra CAHORSA ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Ponferrada, sobre reclamación de cantidad, alegando la parte demandada la excepción de prescripción de la deuda reclamada. Estimada parcialmente la demanda e interpuesto recurso de apelación ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, fue estimada y revocada la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto. (A. J. C.)

**4. Doctrina del «levantamiento del velo».**—La Sala recoge la doctrina del «levantamiento del velo» que reiteradamente viene manteniendo (SS de 8 de

enero de 1980 y 28 de mayo de 1984, 18 de septiembre de 1987, 4 de marzo y 13 de mayo de 1988, 2 de marzo de 1989 y 3 de junio de 1993), señalando que «la más autorizada doctrina entre seguridad jurídica y justicia, valores consagrados en la Constitución, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino de fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de “los derechos de los demás” o contra el interés de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad, de un “ejercicio antisocial” del derecho».

Esta doctrina se considera aplicable al supuesto analizado teniendo en cuenta que en la sentencia impugnada se declara que, aun siendo tres los miembros de la S. A. indicada, «sin embargo es fácil presumir que el verdadero y único “dueño” de la misma es el aquí demandado don Florentino», presunción que no aparece a juicio del TS, adecuadamente combatida. (STS de 20 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. R. formuló demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad, contra don F. L. V., por los daños experimentados por el taller de su propiedad, como consecuencia de la explotación de una mina con el empleo de explosivos, en una capa que discurre debajo del referido taller, cifrando la cuantía de la *litis* en 10.941.000 pesetas. A los efectos del presente recurso, hay que tener en cuenta, por otro lado, los siguientes datos fácticos: el recurrente y en su día demandado don F. L. V., es titular de las concesiones mineras que integran la «Mina Carmen», pero no su explotador, pues arrendó las minas a la entidad Carmen, S. A. (fundamento 2.º de la sentencia de instancia), la cual fue constituida inicialmente como una sociedad de responsabilidad limitada y en la que al constituirse los dos únicos socios fueron el hoy recurrente, don F. L. V., con un 98 por 100 de sus participaciones, y don A. M. A., con el 2 por 100 restante, vendiendo éste esas dos participaciones a la esposa de don F. L. V., doña M.ª C. F., procediendo por su parte don F. L. V. a ceder «onerosamente» a don F. F. M. dos de sus 98 participaciones sociales, quedando por tanto don F. L. V. con 96, su citada esposa con dos y el referido don F. F. M. con otras dos, transformándose dicha S. R. L. en S. A., por escritura pública de 5 de febrero de 1986, en la que se asignaron al primero 96 acciones, a la segunda dos y al tercero otras dos denominándose desde entonces dicha entidad «Mina Carmen, S. A.» (fundamento 1.º de la sentencia impugnada).

El Juzgado de Primera Instancia acoge la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el demandado. Apelada la sentencia por el actor, el Tribunal de apelación, desestimando la existencia de dicha excepción, acoge en parte la demanda y condena al demandado a abonar al actor en concepto de indemnización la suma de 2.700.000 pesetas. Esta sentencia es recurrida en casación por don F. L. V. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. G. B.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**5. Colisión honor-información.**—En primer lugar, el Tribunal considera en los fundamentos de derecho de su resolución, que tras la reforma producida por la entrada en vigor de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, deben entenderse basados los motivos del recurso de casación alegado, en el ordinal 4.º del artículo 1692 LEC y no en el 5.º, que ya no existe en la nueva redacción del citado artículo.

Si bien la doctrina del Tribunal tiene establecido que, ante supuestas ofensas al honor inferidas por medio de publicaciones escritas, no es permisible sacar expresiones de su contexto que, aisladamente consideradas, pudieran tener un significado distinto al que les corresponde dentro de la totalidad de lo publicado, dicha doctrina no es aplicable a este supuesto, ya que la sentencia recurrida ha analizado, a juicio del Tribunal, de un modo detallado y minucioso, los reportajes periodísticos enjuiciados, alcanzando la conclusión, compartida por el Supremo, de que los mismos no se limitan a narrar hechos de veracidad comprobada, sino a formular juicios de valor que presentan ante la opinión pública a la persona objeto de dichas informaciones como autor verdadero de una serie de supuestas violaciones, que estaban siendo objeto de investigación policial y judicial.

Igualmente, establece el Tribunal que la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y al honor, intimidad familiar e imagen, impide fijar apriorísticamente los límites o fronteras entre uno y otro, lo cual habrá de verificarse en cada caso concreto enjuiciado. Además (STS de 21 de enero de 1988), la libertad de información no tiene carácter absoluto sobre el derecho al honor y debe enjuiciarse, en opinión del TC, sobre la base de distinguir radicalmente entre información de hechos y valoración de conductas personales, y, sobre tal fundamento, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la información pública, en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio (STC de 27 de octubre de 1987).

Finalmente, considera el TS que la esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen el respeto de todos, porque el derecho que tiene cada uno a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida particular. Merece también protección la personalidad frente a la publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o no (STS de 20 de febrero de 1989). (STS de 26 de julio de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, se siguieron los autos de juicio sobre protección al honor, intimidad y a la propia imagen del demandante, solicitándose la condena de los demandados, por las publicaciones realizadas, al pago de daños y perjuicios, incluidos los morales, y advirtiéndoles de abstenerse en el futuro de conductas análogas, así como ordenando la difusión de la sentencia condenatoria en el mismo medio en que se publicó el artículo que inicialmente violaba los derechos citados del demandante. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 23 de febrero de 1989, absolviendo a los demandados. Apelada la misma, la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en fecha 24 de enero de 1992, estimando en parte el recurso interpuesto y declarando

expresamente la intromisión ilegítima de los demandados en el derecho al honor y a la propia intimidad del recurrente, condenando a aquéllos solidariamente al pago de la correspondiente indemnización.

Presentado recurso de casación ante el TS por parte de los condenados en apelación, amparándose a través de diversos motivos en el número 5 del artículo 1692 LEC, resulta finalmente desestimado. (*J. L. B.*)

**6. Honor, intimidad personal y familiar.**—En los dos motivos integradores del recurso, ambos con apoyatura procesal en el ordinal quinto del artículo 1692 LEC, se denuncia una infracción tanto de las normas del ordenamiento jurídico, como de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate. A decir verdad, ambos motivos deben examinarse conjuntamente, ya que el objeto impugnatorio de ambos es único y el mismo, consistente en insistir el recurrente en que integra una intromisión ilegítima en su derecho al honor, a su intimidad personal y familiar y a su propia imagen, la actuación previa del demandado.

En relación a los hechos concretos del caso, el Tribunal alude al artículo 120.3 de la Constitución, en virtud del cual las sentencias «se pronunciarán en audiencia pública», lo que comporta, obviamente, la publicación de las mismas, que necesariamente ha de hacer el órgano jurisdiccional que las pronuncie (arts. 186 LOPJ, 364 y 365 LEC y 147.5 LECrim), y el conocimiento público y general de lo resuelto en ellas. Como consecuencia de ello, es innegable el derecho del perjudicado por un delito o falta (como en este caso), de poder dar a conocer a quien tenga por conveniente lo resuelto en la correspondiente sentencia, una vez que haya sido publicada por el Juez o Tribunal que la dictó, sin que este hecho suponga, por sí solo, violación alguna del derecho a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de la persona condenada por la referida sentencia. (STS de 28 de julio de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cartagena se formuló demanda de juicio de incidentes sobre derecho al honor, solicitando la declaración de intromisión o violación del derecho fundamental del demandante, por intromisión ilegítima del demandado en el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de aquél, solicitándose la indemnización correspondiente por los daños morales ocasionados, así como excusas públicas.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la demanda el 11 de mayo de 1991. Apelada la misma ante la Audiencia Provincial de Murcia, ésta procedió, en fecha 6 de marzo de 1992, a dictar sentencia revocando la resolución de Primera Instancia y desestimando las pretensiones inicialmente formuladas. Finalmente, se presenta recurso de casación ante el TS, con apoyo en un doble motivo: infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate, al amparo del artículo 1692.5.º LEC. Este recurso es igualmente desestimado. (*J. L. B.*)

**7. Derecho al honor. La de protección del derecho al honor es una acción personal, que no sirve para tutelar el honor de las personas jurídicas, ni para defender la fama profesional, sino únicamente la personal.**—El corsé del motivo especialmente remite a la Sala a dirimir si, en efecto, ese posible derecho al honor es predicable, en el caso de autos, por estar afectada o referida la noticia periodística a un establecimiento y no a la persona del actor, por lo que,

en consecuencia, la Sala debe, siguiendo esa línea delimitadora del motivo, ratificar el desarrollo doctrinal del mismo, en la idea de que los hechos de autos no afectan a la propia vida privada o intimista del actor, persona física que incluso no aparece mencionada en citado reportaje; y es bien elocuente, al punto que no sólo en el artículo 7.7.º de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, precepto en el que se basa la Sala *a quo*, se mencione en exclusiva a la «persona», sino que en todos sus anteriores apartados, 1 a 6, siempre el destinatario de la intromisión condenable es *nominatim* la persona o personas, lo que confirma que, sin perjuicio de amparar en los casos que proceda también a la persona jurídica —por todas, la reciente STC de 26 de noviembre de 1995—, nunca ello puede atraer la tutela específica de esta Ley sobre un establecimiento, o más bien rólulo mercantil; en todo caso, la entidad afectada sería el establecimiento mercantil, el cual, tal vez podría defenderse de esa eventual conducta vulneradora de los derechos que le pudieran corresponder, a través o al socaire de la erosión producida en su prestigio profesional o enseña comercial; mas —se repite—, al no haber estado implicada en los hechos la persona *nominatim* del actor no es posible entender que su honor ha sido vulnerado por esa repetida conducta. (STS de 8 de noviembre de 1995; ha lugar.)

**HECHOS.**—El propietario de un bar ejercita la acción de protección del derecho al honor contra los periodistas, director y editor de una publicación en la que aparece el nombre del establecimiento que regenta como lugar de reunión de ETA en Valencia, sin que se aludiera directamente a su nombre personal. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia acoge el recurso de apelación y condena a los demandados a rectificar. La parte demandada interpone recurso de casación basado en el carácter personalísimo de la acción ejercitada. (M. C. B.)

**8. Derechos fundamentales: colisión entre el derecho al honor y el derecho a la información: doctrina general de la Sala Primera.**—La doctrina de la Sala Primera coincide con la doctrina del TC en torno a la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la información, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí que no pueda hacerse abstracción del elemento intencional de la noticia. En el caso concreto, no ofrece duda que la información reflejada en la entrevista y los reportajes, se refería a asuntos y cuestiones de interés general para la comunidad, y que los datos publicados no fuesen substancialmente veraces dentro del conjunto total de los textos que integraban dicha publicación, particular que reconoce el motivo del recurso en su desarrollo argumental, aparte de no afectar al supuesto de intromisión del artículo 7.7 de la Ley Orgánica de 1982, la circunstancia de ser o no totalmente veraz la información.

**Inexistencia de intromisión en entrevista periodística.**—En ninguna de las numerosas alusiones contenidas en la entrevista se encuentran imputaciones, más o menos concretas, que vinculen al recurrente a hechos o situaciones que pudieran suponer un menoscabo o ataque a su honor, entendido, según la jurisprudencia, en el doble concepto de *inmanencia o misividad*, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y de *trascendencia o exterioridad*,

formado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad, y, es más, en las contestaciones del entrevistado a las preguntas del periodista no se encuentra ninguna expresión que pudiera conceptuarse como crítica personal al recurrente o a su actuación profesional.

**Inexistencia de intromisión de dos reportajes en el honor.**—En el primero de los reportajes se observa que los comentarios en torno al recurrente, apreciados, igualmente, dentro del total conjunto del texto de la publicación, no permiten relacionar a dicho señor, directa o indirectamente, con los hechos o actuaciones, presuntamente delictivos, que se imputa a los funcionarios que, en el decir del articulista, componen una mafia policial, cuyos comentarios, como revela su lectura, sólo van dirigidos a exponer la situación de confianza y amistad existente entre aquél y los funcionarios descritos; en cuanto al reportaje en sí mismo, sólo cabe conceptuarle cual reflejo de una crítica, más o menos dura, acerca de un determinado sector de la Policía de Madrid; el segundo reportaje merece análoga calificación que el anterior, representar una crítica dura de determinados funcionarios policiales, y aunque sea evidentemente desafortunado un comentario dedicado al recurrente, ello no autoriza a que pueda interpretarse como una sinonimia, equivalente a que el recurrente solicitó al servicio activo con el propósito de dar muerte al delincuente referido, y que la muerte de éste no resultara accidental. (STS de 25 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

**9. Derecho a la intimidad. Datos relativos a la filiación.**—La doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional, establece «que el derecho a la intimidad personal del artículo 18 CE está estrictamente vinculado a la “dignidad de la persona”, que reconoce el artículo 10 CE, e implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y reconocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana”» (STC 231/1988). Es por ello que evidentemente la filiación, y en concreto la identificación del origen del adoptado, forma parte del ámbito de lo íntimo, que además en este caso se ve reforzado por la existencia del artículo 39.2 CE. Además, el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los datos personales, «sino también a determinados aspectos de otras personas con los que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen».

**Colisión entre los derechos fundamentales al honor y la intimidad de un lado y libertad de información de otro.**—«La jurisprudencia del TC ha establecido que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos. La tarea de ponderación ha de efectuarse teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE ostenta el derecho a la información... en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública, que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen.»

No obstante, como se manifiesta en numerosas sentencias del TC (17 de octubre de 1991 y 11 de abril de 1992), en lo que afecta el derecho a la intimidad «la excepción de veracidad no es legitimadora, pues responde a una divulgación



indebida de hechos relativos a la vida íntima y privada, aunque fuesen veraces. El elemento decisivo es aquí la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su divulgación resulta justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa o, si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento».

**Cuantificación del daño moral.**—Para la fijación de la cuantía indemnizatoria han de tenerse presentes los criterios que menciona el artículo 9.3 de la Ley 1/1982, en concreto, las circunstancias del caso y gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá presente la difusión del medio en el que se haya establecido la intromisión. Además, el citado precepto añade otro criterio: «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Esta última circunstancia ha de ser entendida en el sentido de que mediante la indemnización ha de evitarse que aun después del abono de la misma la empresa editorial infractora obtenga un beneficio económico. Ello supondría un enriquecimiento injusto «al que priva de título la ilicitud, siquiera sea civil, de la intromisión efectuada». No puede pretenderse que la indemnización tenga un carácter ejemplificador que evite al infractor en el futuro seguir la misma línea de conducta, pues las indemnizaciones carecen de carácter sancionador. (STS de 7 de diciembre de 1995; ha lugar.)

**HECHOS.**—Tras aparecer una entrevista personal en la revista P, se formuló demanda por los hijos de una famosa actriz, en la que se solicitaba que se declarara que los demandados habían realizado una intromisión ilegítima en el honor y la intimidad personal y familiar de los actores, y que por tanto se insertase a su costa en la revista P. el texto de la sentencia. Asimismo, se solicitaba una indemnización en cuantía de 12.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando que los demandados habían efectivamente realizado una intromisión, condenándoles solidariamente al pago de 2.000.000 de pesetas, y a que se insertase la sentencia en la revista P.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, se estimó el recurso, absolviendo a los demandados.

Los actores formularon recurso de casación, y el TS confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, si bien elevó la cuantía de la indemnización a 10.000.000 de pesetas.

**NOTA.**—Se acoge en esta sentencia lo que viene siendo una constante en nuestra jurisprudencia (SSTS de 20 de febrero de 1989 y de 19 de marzo de 1990): el juego de la *exceptio veritatis* respecto del derecho fundamental a la intimidad. En efecto, en la colisión entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, la excepción de veracidad, no mencionada en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, no justifica por sí solo una intromisión en el citado derecho fundamental. Tan sólo la relevancia pública de la noticia puede justificar la intromisión.

Con respecto a la fijación del *quantum* indemnizatorio del daño moral en aquellos supuestos en que se dé una vulneración del derecho fundamental a la intimidad, hemos de precisar que la mayoría de las sentencias del TS han venido manteniendo que dicho *quantum*, una vez fijado en la instancia, no es susceptible de revisión en casación (SSTS de 11 de diciembre de 1989, 26 de diciembre de 1991 y 27 de

noviembre de 1991). Sin embargo, en el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un supuesto excepcional, en el que dicha revisión se produce. Sin embargo, no es un caso único, pues en otras sentencias del TS, aunque escasas, también se admite la revisión de la cuantía de la indemnización en casación (SSTS de 23 de marzo de 1987 y de 11 de octubre de 1990). (S. A. G.)

**10. Protección del derecho al honor. La veracidad no puede exigirse respecto de juicios o evaluaciones personales y subjetivas sobre hechos históricos.**—No es posible admitir la tesis del motivo por las siguientes consideraciones:

1.<sup>a</sup> Porque no puede dudarse que los hechos relatados en el libro escrito por el actor (hoy recurrido) tuvieron a la sazón una evidente significación social, y una repercusión histórica y política, por lo cual, no cabe ignorar que los mismos y por esas connotaciones fueren entonces idóneos para la adecuada publicación (así el propio motivo recoge cómo se publicaron esos hechos, y consta en autos, entre otros, en el diario *Arriba* de 14 de febrero de 1956, diario *Ya* de 14 de febrero 1956, e incluso referencias concretas al acervo informador de la Hemeroteca Nacional, con datos técnicos de las informaciones de la época sobre el suceso, amén de las declaraciones entre otras del Dr. Obrador y después del *País Semanal* de 3 de octubre de 1976), sobre todo, ejercitando un derecho de información amparado legalmente.

2.<sup>a</sup> Habida cuenta ese carácter de noticiable y el trasfondo histórico-social de dichos hechos, y por lo tanto la pertinencia de la justificación de su publicación, en cuanto al contexto de los mismos, no puede olvidarse que, por la significación pretérita que tuvieron, vertiera su opinión sobre las circunstancias ocurridas en momentos tan singulares de nuestra comunidad política, procedería a recoger las líneas de la noticia con su pormenor más significativo, a los fines de que quedara un relato más o menos completo para la Historia de dicha incidencia.

3.<sup>a</sup> Que, naturalmente, si se trata como debe ser en la exigencia a cualquier autor, periodista o historiador, de referir aquellos hechos con las máximas circunstancias identificadoras, no se debe permitir sólo se relate su fecha o el lugar de acaecimiento, sino que la complectud informadora ha de abarcar, en lo posible, los comportamientos de los interesados o intervinientes y, si es factible, su propia identificación, todo lo cual coadyuva a la mayor credibilidad o perennidad del relato para las sucesivas generaciones.

4.<sup>a</sup> Que habida cuenta —se reitera— la trascendencia de tales hechos y la justificación de su publicación en su tiempo y su posterior relato por quien como el recurrido, comenta el suceso histórico, dentro de los límites del derecho de expresión, es llano que, en torno a la comprobación de los mismos, o a la exigencia de la verdad, o de la veracidad de los mismos, se respete cuanto se expuso en la tesis sustentada por el propio TC en el FJ 7.º de la repetida S de 11 de noviembre de 1991, en donde se hace constar literalmente: «... aun cuando se suministre información sobre hechos que se pretenden ciertos y la protección constitucional sólo se extiende a la información veraz, este requisito de veracidad no puede, como es obvio, exigirse respecto de juicios o evaluaciones personales y subjetivas, por equivocados o mal intencionados que sean, sobre hechos históricos».

5.<sup>a</sup> Que tampoco se desconoce que en la descripción del suceso se aluda a la fuente atributiva de la noticia y que el relato en sí responde al común denominador del ambiente difusor que existía en la época sobre el suceso, tal y como se

ha recogido en el apartado 1.º precedente, en el sentido de que esa fuente informativa se ubicaba en los medios aludidos, que se conecta con las otras fuentes de información y difusión de tales hechos históricos.

6.<sup>a</sup> En conclusión, se subraya, reiterando cuanto se ha expuesto, que el ilícito denunciado sobre la existencia en su día de esos «rumores» de atribución de autoría según los medios seúísticos de la época, al margen de referirse a una indiscutible noticia publicable como lo fue en los distintos medios de difusión y su también innegable fondo de historicidad en la evolución sociopolítica del país, propiciante, pues, como se hizo por el autor, a reflejarla en la exposición de su libertad de expresión, tampoco así expuesta en su literalidad, pugna frontalmente con la supuesta exigencia en la contienda, de la veracidad razonable, tanto porque aquella notoriedad del hecho motivara, en verosímil dación, esa supuesta atribución, tanto porque su ambigüedad dificulta cualquier juicio *ex post* de control de su verdad. Por todo lo cual, con el rehúse del motivo, procede confirmar la sentencia recurrida. (STS de 12 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante interpuso demanda de juicio de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contra Editorial Planeta, S. A. y don Gregorio Moran Suárez, solicitando que se condenara a la editora a suprimir, en sucesivas ediciones que puedan publicarse del libro *Miseria y grandeza del Partido Comunista de España 1939-1985* el párrafo en el que se hace alusión a don Fernando Márquez Horrillo, en su página 282; la obligación del autor y subsidiariamente de la editora de indemnizar al demandante por daños morales; y al pago de las costas procesales. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, desestimando la demanda y el TS ratificó esa decisión. (L. F. R. S.)

11. Falta de intromisión ilegítima en el derecho al honor.—Aun siendo cierto que el texto publicado, en su conjunto, denota alguna imputación al Dr. Lledó de una actuación profesionalmente incorrecta, no permite considerarlo intromisión ilegítima en su honor, ni presenta carácter difamatorio, en atención a que: a) No ofrece duda la veracidad del relato del señor Martín Torres aunque incurra quizá en alguna inexactitud científica y se exprese, como es natural, en términos vulgares, pero sin constituir un ataque global a la actividad profesional del Dr. Lledó, ni mucho menos una descalificación general del mismo, sino que se narra un suceso lamentable y los padecimientos sufridos por la señora Serna a consecuencia del mismo; b) tiene declarado esta Sala, en S de 18 de abril de 1995, que es correcta la consideración de la prevalencia, aunque no absoluta, de los derechos a la libre expresión e información sobre el derecho al honor (SS de 5 de marzo y 18 de mayo de 1994), debiendo ponderarse que el asunto a que se refiere la invocada intromisión tenga relevancia pública e interés general (SS de 4 de octubre y 2 de diciembre de 1993)», no exigiéndose, según ha matizado el TC (S de 12 de noviembre de 1990) que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que se impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad, en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, y, en este caso, ha de reconocerse que se trataba de unos hechos —es de notar que el repor-

taje critica también, aunque con fundamento muy endeble, al Instituto Nacional de la Salud y a la Seguridad Social— de indudable interés público y, por otra parte, la documentación a que se hace referencia en el reportaje y en las sentencias dictadas en ambas instancias es reveladora, en líneas generales, de la veracidad de los acontecimientos relatados; c) siendo así, ha de decaer el motivo con sólo añadir que la solidez de la argumentación desarrollada en la sentencia de primera instancia y el acierto del enjuiciamiento realizado en apelación no se ven afectados porque, entre otras consideraciones, se aluda a que algunos excesos en las manifestaciones de los cónyuges Martín-Serna «sólo son apreciaciones personales sobre una actuación concreta de un profesional desde la óptica de un profano en la materia, encuadrable dentro de la óptica de la buena fe», lo que no significa que esta consideración de la buena fe sea la *ratio decidendi* de lo resuelto, y d) por último, dado lo expuesto, es irrelevante la circunstancia de haberse publicado el reportaje controvertido en un periódico local, ya que por sí sola no es determinante de que el hecho constituya una intromisión en el honor del demandante, sino que sólo trascendería, si se hubiera producido —lo que no sucede—, a la valoración del perjuicio eventualmente causado. (STS de 14 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Un médico estomatólogo interpuso juicio incidental sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, dirigiéndose contra un matrimonio, una periodista, el director de un periódico, la empresa editora del mismo y el Ministerio Fiscal, por considerar que lesionaba su derecho al honor el reportaje publicado en el periódico de Elche, que relataba la intervención realizada por el actor a una paciente, a consecuencia de un raigón en la encía, y que le produjo una infección que hizo necesario su ingreso en un hospital. Todos los órganos judiciales intervinientes consideraron que no existía intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. (L. F. R. S.)

**12. Derecho al honor y libertad de información. Conflicto entre ambos.**—El carácter no absoluto de los derechos de rango fundamental reconocidos en el artículo 20 CE, y más concretamente, el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» [art. 20.1, letra d)], hace necesario establecer sus límites y resolver los conflictos a que da lugar al entrar en colisión con otro derecho también de rango fundamental como es el derecho al honor del artículo 18 CE, teniendo en cuenta «la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia» (SSTS de 24 de julio y 3 de octubre de 1989 y 14 de febrero y 16 de noviembre 1991; SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 272/1994 de 17 de octubre).

En este sentido, es necesario distinguir dos aspectos bien diferenciados de la información difundida: por un lado, las noticias o hechos (substancialmente veraces) relativos a una persona de relevancia pública y de un indudable interés general, que contribuyen a la formación de la opinión pública plural y libre en una sociedad democrática, y que deben prevalecer sobre el derecho al honor; por otro, los calificativos vejatorios, desvinculados de la información y que resultan

meramente descalificatorios o insultantes, y que nada aportan a la formación de la opinión pública libre, en cuyo caso, debe prevalecer el derecho al honor. (STS de 29 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de ciertas informaciones aparecidas en un periódico, el actor formuló demanda de juicio incidental sobre protección civil del derecho al honor contra el editor, el director y un colaborador del periódico. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia de Melilla la desestimó respecto a este último y la estimó parcialmente respecto a los dos primeros, condenándoles solidariamente al pago de la cantidad que habían solicitado como indemnización.

Apelada la sentencia por ambas partes (con adhesión del Ministerio Fiscal), la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia confirmando la dictada en Primera Instancia. Interpuesto recurso de casación, también por ambas partes, el TS declaró no haber lugar a los recursos planteados.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa es representativa de la última etapa de la evolución de la jurisprudencia constitucional, seguida por el TS, respecto al conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información.

En un primer momento (STC 120/1983, de 15 de diciembre), se afirmaba la prevalencia de los derechos del artículo 18 CE sobre las libertades del 20. Posteriormente, a partir de la S 104/1986, de 17 de julio, se inicia la etapa denominada de «necesaria ponderación», pues se entiende que cuando resulten en conflicto derechos de rango fundamental no puede afirmarse *a priori* la prevalencia de uno sobre el otro, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación (*balancing*, en la doctrina americana) de las circunstancias de cada caso concreto.

Actualmente, tras la S 159/1986, de 12 de diciembre (la que anota-mos también es ejemplo de ello), parece que puede hablarse de una posición preferente de estas libertades, dada su doble vertiente de derecho fundamental y garantía de una opinión pública libre, indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, lo que no evita la necesaria ponderación de las circunstancias del caso concreto, ya que, como señala la de 12 de noviembre de 1990, «para que justifique, como valor preferente, la legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad, requiere: 1. veracidad; 2. interés general y 3. ausencia de expresiones insultantes».

En nuestra S, la presencia de expresiones insultantes y vejatorias, que aparecen unidas a la información de unos hechos noticiables, determina la vulneración del derecho al honor, aun cuando dichos hechos sean veraces y de interés general. (A. G. C.)

**13. Títulos nobiliarios.**—Se produjo exclusión acreditada de doña M. S. de M., la que ostenta el derecho preferencial para acceder a la merced en disputa, ya que los segundogénitos y sus descendientes no pueden acceder al título, por existir dicha descendiente legítima de la línea del primogénito, sin que tenga incidencia alguna la renuncia practicada por su abuelo y tiosabuelos, como sucesores del III Conde, ya que no le afecta a la recurrida de referencia, dado que los títulos

nobiliarios no conceden un efectivo *ius disponendi* y no son objeto de comercio, y menos tal acto de renunciación la vincula y bloquea absolutamente sus legítimos derechos sucesorios, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en SS de 7 de diciembre de 1985 y 21 de febrero de 1992, por regir obligatoriamente la Ley concesionaria del Título y lo que integra su propia y específica reglamentación en proyección a los sucesores en el mismo. (STS de 11 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trata de una reclamación fundada en mejor derecho de una descendiente del primogénito de un título frente a los descendientes del segundo génito. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró el mejor derecho al título de nobleza de Conde de Guijas-Albas. La Audiencia confirmó la sentencia. El TS no dio lugar al recurso. (A. C. S.)

**14. Proceso de incapacitación: demencia arterioesclerótica: requisitos procesales: único demandado.**—En todo proceso de incapacitación, que en modo alguno puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, pues en el mismo está en juego la pretendida negación a un ciudadano mayor de edad, de la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes del modo que tenga por conveniente, tiene que haber necesariamente, y no puede haber otro (aparte del Ministerio Fiscal) un único sujeto pasivo o demandado, que ha de ser inexorablemente la persona a la que se trata de incapacitar, la cual intervendrá en dicho proceso de alguna de estas tres formas: 1) compareciendo con su propia defensa y representación, nombradas por él mismo; 2) teniendo un defensor designado por el Juez (defensor judicial) si el Ministerio Fiscal hubiese promovido el proceso y el presunto incapaz no actúa en la forma dicha en el apartado anterior, y 3) siendo defendido por el Ministerio Público si éste no es el que ha promovido el proceso y el supuesto incapaz no se defiende por sí mismo. No es permisible, en modo alguno, que sean sujetos pasivos los demandados los parientes del presunto incapaz, cualquiera que sea su grado de parentesco.

Carece del más elemental sentido jurídico que en el presente caso, una hermana del actor, hija a su vez del incapacitado, aparezca como demandada y condenada en primera instancia, y le sea admitido el recurso de apelación contra la sentencia, y asimismo carece de legitimación activa para recurrir en casación. Todas estas razones son suficientes para desestimar el recurso de casación interpuesto por la hija del declarado incapaz, cuando éste ha estado defendido por el Ministerio Fiscal, el cual ha consentido la sentencia de apelación, confirmatoria de la declaración de incapacidad del padre.

**Recurso de casación interpuesto por persona no legitimada: orden público: cumplimiento de requisitos formales.**—La trascendencia social de este proceso y el interés público subyacente en los resultados del mismo explica y justifica que, ingresado un asunto de esta naturaleza en sede casacional, se pueda examinar si las formas observadas hasta la consecución de la sentencia se ajustan a lo prescrito, dado el substancial aspecto de garantías de derecho público que revisten y la necesidad de su respeto por razones de orden público procesal (STS de 24 de mayo de 1991); bajo esa única perspectiva serán examinados los dos motivos integradores del presente recurso de casación, aunque él mismo haya sido interpuesto por persona carente de legitimación para ello.

**Audiencia a los próximos parientes del presunto incapaz.**—Es indudablemente obligatorio para el Juez oír a los parientes mas próximos del presunto incapaz, siendo la *ratio* del artículo 208 CC que el Juez pueda conocer el criterio de esos parientes acerca de si estiman que el presunto incapaz padece alguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí mismo; de esta audiencia queda excluido el pariente que promueva el proceso de incapacitación, pues con la formulación de su demanda ya está dando explícitamente a conocer al Juez su criterio acerca de dicho extremo; además, en el presente caso, la hija era el otro pariente que debía ser oído, lo que se llevó a cabo al ser incorrectamente admitida como parte demandada y contestar a la demanda, dando a conocer amplia y claramente al Juez su criterio contrario a lo solicitado por su hermano, por lo que resultaba totalmente superflua e innecesaria una nueva diligencia de audiencia.

**Examen del presunto incapaz por el juez.**—Lo realizó el Juez como prueba para mejor proveer, con asistencia del Secretario, y si bien se produjeron dos omisiones, pues no se dio intervención a las partes, ni su resultado se les puso de manifiesto para que alegaran por escrito lo que a bien tuvieran, tales omisiones, en el atípico supuesto litigioso que examinamos, no pueden dar lugar a la nulidad de actuaciones por las siguientes razones: 1) las partes procesales legitimadas no han formulado reclamación alguna; 2) no se solicitó la subsanación en apelación, y 3) no se ha probado indefensión alguna de los intervinientes. (STS de 30 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—Es conocida la escasa predisposición de las familias españolas a solicitar la incapacitación de sus mayores, de suerte que cuando se produce alguna solicitud judicial cabe preguntar qué clase de intereses económicos están detrás. Es impecable la argumentación de esta S (Pte. Morales Morales) al detectar la grave irregularidad procesal de tener por demandado en el proceso a una hija del presunto incapaz, hermana, a su vez, del promotor de la acción. Parece que la enfermedad demostrada, consistente en una demencia arterioesclerótica es base suficiente para la incapacitación. Pero el deseo de agotar el razonamiento, actuando *obiter dicta*, conduce a alguna incongruencia dialéctica, y así no parece de recibo que se anule la actuación procesal desarrollada por la hija y se argumente que en ella tuvo ocasión de expresar su parecer (¿por qué no tener en cuenta, al menos a efectos dialécticos, sus aseveraciones sobre la *normalidad de su padre*? ¿no se trata de alguien que, en principio, ha estado muy cerca de su progenitor?). (G. G. C.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**15. Enriquecimiento injusto.**—Partiendo de los hechos probados, el Tribunal señala que producido el desplazamiento patrimonial, no probada la razón del mismo ni el encargo que se dice recibido, ni una causa que se estime justa para que el demandado, Corredor de Comercio, retenga lo recibido o lo entregue a otro sin tal encargo, «es obvio que tiene que restituir y quien entregó el dinero posee acción para reclamar la restitución, pues en el caso contrario se daría un enriquecimiento del actor, un correlativo enriquecimiento por el demandado, falta de prueba de una causa justificativa y, dada la inexistencia de contrato que

mantiene la Audiencia, falta de disposición normativa que excluya el ejercicio de la acción de enriquecimiento (véase, por todas, S de 13 de diciembre de 1991), debiendo de aclararse que a igual resultado se llegaría de existir un contrato de mediación y no acreditarse su cumplimiento».

**Indemnización de daños y perjuicios.**—Declara la Sala sentenciadora que «tratándose de una devolución de una cantidad de dinero “la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y, a falta de convenio (cual es el caso), en el interés legal”, según dispone el artículo 1108 CC, desde la fecha de la interpelación judicial, al no haberse solicitado otra cosa y con aplicación del artículo 921 LEC, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, confirmada en cuanto a la condena de los 20.000.000 de pesetas, absorbiendo o sustituyendo estos últimos intereses a los moratorios, pues el disfrute de un capital por el demandado es beneficioso para el mismo y debe pagar por ello un precio, que no es otro que el interés en el sentido jurídico dicho».

**El artículo 1214 CC. La carga de la prueba.**—Admite el Tribunal que el artículo 1214 CC pueda ser alegado en casación «cuando se acuse al juzgador de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, es decir, invertido la carga que a cada parte corresponde, teniendo que probar el actor los hechos normalmente constitutivos de su derecho y el demandado los obstativos, impositivos o extintivos (SS de 25 de febrero y 20 y 24 de julio de 1986; 13 de febrero y 5 de junio de 1987; 8 de octubre y 19 de noviembre de 1988; 24 de abril, 18 y 26 de mayo, 13 y 19 de junio, 18 y 24 de julio, 22 y 29 de septiembre, 8 de octubre y 19 de diciembre de 1989)», ocurriendo en el supuesto analizado que el demandante ejercita acción recuperatoria de los 20.000.000 de pesetas entregados y el demandado no niega tal hecho, sino que alega haber recibido el encargo de entrega a un tercero, lo que constituye una objeción de naturaleza extintiva y obstativa cuya prueba le correspondía y, al no haberla conseguido, ha de sufrir las consecuencias perjudiciales de su falta de prueba, que es lo que constituye el auténtico sentido y esencia del *onus probandi*. (STS de 27 de julio de 1995; ha lugar.)

**HECHOS.**—Don J. L. C. S. ingresó la suma de veinte millones de pesetas en una cuenta de una sucursal de la entidad bancaria «Citi-bank», de la cual era titular don J. M.<sup>a</sup> A. D., que por aquel entonces ostentaba la condición de Corredor de Comercio. El referido importe salió de dicha cuenta en sucesivas partidas de 4.000.000 de pesetas.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia condenó a don J. M.<sup>a</sup> A. D. a devolver dicha cantidad más intereses legales y daños y perjuicios, que se acreditarían en ejecución de sentencia o, en su caso, que entregase al actor las acciones bancarias compradas a su nombre, que amparasen el contravalor de las cantidades entregadas. La Audiencia, por el contrario, absolvió a don J. M.<sup>a</sup> A. D., entendiendo que los datos dichos no permitían, por sí solos, inferir la existencia de un arrendamiento de servicios. Se interpuso recurso de casación por la representación de don J. L. C. S. (A. G. B.)

**16. Error sustancial sobre la identidad del objeto.**—El recurrente interpone recurso de casación por infracción del artículo 1266 CC, relativo al error invalidatorio del consentimiento. El TS desestima el recurso diciendo que «pretender demostrar que las posibles deficiencias del vehículo debían



haber sido observadas por el comprador adquirente, no son de recibo frente a las circunstancias de inhabilidad que con todo pormenor fija la Sala», sobre todo «al no constar probado que el comprador fuera un verdadero técnico en mecánica de automóviles»; por tanto, se incurre en el vicio de consentimiento derivado del error sustancial, esto es, «conocimiento equivocado de aquello que se compraba, que prácticamente inhabilita el propio objeto, e, incluso, puede también acarrear el sucesivo desmonte de la causa del contrato». (STS de 1 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—“Motor Burgos, S. A.”, formula demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad contra Sociedad de Ayuda en Carretera DYA en reclamación del importe del precio aplazado dejado de satisfacer por la segunda, por la venta de un vehículo de segunda mano propiedad de la primera. La demandada formuló, además de contestación, la correspondiente reconvencción en la que solicitó la resolución del contrato de compraventa suscrito por las partes por error en el consentimiento en la compra del vehículo, con la consiguiente restitución del autocar a la parte vendedora y de las cantidades entregadas hasta ese momento a la parte compradora-reconviniente, además del pago de los daños y perjuicios. A esta demanda se acumuló otra entre las mismas partes y por el mismo concepto tramitado ante otro Juzgado. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a la demandada a que pague el precio aplazado al vendedor. Asimismo, estima, parcialmente, la demanda reconvenccional condenando a la demandante a que abone al comprador cierta cantidad por incumplimiento de la obligación de revisar la electricidad y el motor del vehículo asumida y no cumplida por el vendedor, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1088 y 1091 CC. Sin embargo, no estima la existencia de error como vicio del consentimiento por parte del comprador del autocar «cuando consta en autos, que sabía que el vehículo adquirido era de segunda mano, y que el precio, por lo tanto, era muy inferior al valor en el mercado de otro vehículo nuevo de las mismas características; por otro lado, las averías que tenía el vehículo se habrían observado con la más mínima diligencia, más exigible cuando, como en este caso, la entidad compradora conoce perfectamente el sector del automóvil». La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada-reconviniente y declara resuelto el contrato diciendo que «no constando probado que el comprador fuera un verdadero técnico en la mecánica de automóviles, ni profesional del ramo, comporta la razonable y lógica estimación de que el necesario consentimiento para la compraventa se hizo por error invalidante, recayente en la sustancia de la cosa, por cuanto que se ha acreditado, que el chasis estaba torcido, y que, aunque se reparara por completo, jamás servirá para cumplir la finalidad pretendida...». El vendedor recurre en casación y el TS desestima el recurso. (I. H. M.)

**17. Promesa de compra y venta.**—La promesa de contrato o precontrato consiste fundamentalmente en un acuerdo de voluntades encaminado a preparar la realización de un contrato posterior. Por ello, la Jurisprudencia, de una forma casi unánime, desde muy atrás (SSTS de 11 de noviembre de 1943; 28 de marzo de 1945; 26 de octubre de 1946; 1 de julio de 1950... y, ya más recientes, 24 de

mayo de 1980; 10 de marzo y 30 de junio de 1986; 24 de diciembre de 1992, y 8 de julio de 1993), resuelve la problemática en torno a la identificación o no del precontrato con el mismo contrato proyectado, afirmando la independencia de la figura jurídica de la promesa de contrato. El precontrato se va a dividir en dos fases diferentes: una primera, en la que se proyecta el contrato a realizar, y se faculta a las partes para exigir su cumplimiento (es decir, la realización del mismo); y, la segunda fase, en la que se exige este cumplimiento, con la entrada en vigor del contrato. Por tanto, es la voluntad de las partes la que decidirá en torno a la realización, no del contrato de compraventa, sino de otro preparatorio.

El Tribunal fundamenta en esta distinción la aplicación de regímenes distintos: mientras que al contrato de compraventa realizado en un momento posterior le será aplicable las reglas que el CC establece para éste, a la promesa de contrato se le aplicará «simplemente las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, descartando en consecuencia, el criterio de equiparación e identidad de ambas figuras». (STS de 23 de marzo de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La actora formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía solicitando el cumplimiento de un contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble, con el otorgamiento de escritura y con el precio y condiciones ya estipulados. Además, exige la realización de una serie de obras, por valor de 6.177.843 pesetas. La demanda es admitida y los demandados contestan a ésta estableciendo que no cumplió la promesa de venta, puesto que no se presentó en el Notario antes del día señalado (30 de enero de 1987, inclusive), ya que, aunque compareció ante Notario diferente para que se enviara carta certificada y con acuse de recibo advirtiendo que no acudiría a la Notaría hasta que no se hubieran realizado las obras requeridas, sin embargo ello no es óbice para incumplir su promesa, exigiendo a la vez el cumplimiento de los codemandados.

El Juzgado desestimó la demanda, entendiendo extinguido el precontrato. La Audiencia Provincial confirmó la Sentencia del Juzgado. Interpuesto recurso de casación por la que fue demandante, el TS vuelve a confirmar tal resolución.

**NOTA.**—Ni la jurisprudencia ni la doctrina encuentran una postura unánime con referencia a la figura del precontrato: la tesis clásica o tradicional lo define como el contrato por el que las partes quedan obligadas a realizar de nuevo otro posterior, surgiendo la obligación de contratar. Posteriormente aparece una nueva postura que fomenta la inexistencia de esta promesa. Roca Sastre formula, por último, la siguiente concepción: el precontrato sentará las líneas básicas de un contrato específico, surgiendo la obligación de cooperación para su conclusión.

Aunque, quizá, la postura más correcta a la hora de conceptuar lo que se ha denominado promesa de contrato, es la de definirla como un «convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas o de cada una de ellas la facultad de exigir la eficacia inmediata de un contrato por ellas proyectado» (De Castro). Es decir, no es que se realice un nuevo contrato, sino que a lo que va a dar lugar será al surgimiento de un vínculo obligatorio caracterizado por la facultad de las partes de optar por su cumplimiento. No será necesaria, por tanto, la emisión de una nueva declaración. Y esta opción es una facultad, inherente en la

promesa de contrato; ambos términos (opción y precontrato) no son distintos (Cañizares). La promesa va a facultar a una de las partes (o a ambas), a decidir u optar sobre el contrato que se ha proyectado; pero esto no significa que esta opción sea considerada como una nueva declaración de voluntad.

El problema aparecerá en la ejecutoriedad de la promesa de contrato, cuando alguna de las partes se niegue a cumplir con lo establecido en ésta. No existen dos contratos, sino una relación contractual dividida o desarrollada en dos momentos; sin embargo, si se entiende el precontrato con la necesidad de una nueva y posterior declaración (un nuevo contrato), al incumplirlo, no existe forma de obligar a su cumplimiento; cabría únicamente la indemnización de daños y perjuicios. La Jurisprudencia del Tribunal exige, de una manera casi uniforme en este sentido, no sólo la indemnización, sino incluso su cumplimiento. En la resolución en la que nos encontramos, no es que se deba ejecutar la promesa, sino que se extingue debido a que no se ejecutó la facultad de opción dentro del plazo señalado, y, por tanto, no se cumplió uno de los requisitos para este ejercicio. Este plazo actuará como límite del derecho de opción que la demandante poseía según la promesa. (P. S. S.)

**18. Compraventa. Imposibilidad de cumplir la prestación. Pago por el equivalente pecuniario.**—La obligación primordial y básica que incumbía a la entidad mercantil demandada era la de entregar a la actora los dos apartamentos vendidos, con el valor que tales apartamentos tuvieran en el momento de la entrega, cualquiera que hubiere sido el precio de su venta. Como la expresada entrega no puede efectuarla la demandada, por haber pasado dichos apartamentos a ser propiedad de terceros adquirentes de buena fe, es evidente que debe acudirse al equivalente o sustitutivo pecuniario (*id quod interest*) de los referidos apartamentos (arts. 924 y 926.3.º LEC), que, lógicamente, no puede ser otro que el valor que dichos apartamentos tenían al incoarse este proceso y no el que pudieran tener en la fecha, artificiosamente, y sin fundamento legal alguno, buscada por la sentencia recurrida, en que la actora, en contra de su voluntad, fue desposeída de dichos apartamentos (30 de mayo de 1982) por los terceros adquirentes de los mismos, a través del procedimiento del artículo 41 LH. (STS de 4 de diciembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante documento privado, de fecha 26 de septiembre de 1970, la entidad mercantil «C., S. A.», vendió a don Hillardus-Jan D. dos apartamentos. Con fecha de 16 de noviembre de 1972, don Hillardus-Jan D. renunció a todos los derechos que le pudieran corresponder como consecuencia del referido contrato de compraventa y lo cedió a favor de doña Augusta Johanna L., lo cual fue consentido por «C., S. A.». El día 18 de agosto de 1974 falleció doña Augusta Johanna L., siendo su única y universal heredera doña Elvira Ángela María M. P. No obstante haber consentido la anteriormente dicha cesión de derechos, con fecha 22 de noviembre de 1977, «C., S. A.», otorgó escritura pública de venta de los referidos apartamentos en favor de don Hillardus-Jan D. Mediante escritura pública de fecha 26 de septiembre de 1979, don Hillardus-Jan D. vendió los dos expresados apartamentos a don Isaac Jacob V. der V. y a don Tomás S., quienes inscribieron su adquisición en el Registro de la Propiedad. En 1981, los

titulares registrales de los dos apartamentos promovieron procedimiento del artículo 41 LH contra doña Elvira Ángela María M. P., en su calidad de poseedora de los mismos, en cuyo procedimiento recayó sentencia favorable a los referidos titulares registrales.

En junio de 1988, doña Elvira Ángela María M. P. demandó a la entidad «C., S. A.», solicitando que se declare la obligación de la entidad demandada de otorgar escritura pública a su favor, y, subsidiariamente, para el caso de acreditarse en el procedimiento que los citados apartamentos no estén inscritos a nombre de «C., S. A.», se condene a la demandada a poner en poder y posesión de la actora otros dos apartamentos, propiedad de «C., S. A.», de los que pudieran estar vacantes en el mismo edificio y de iguales características que los apartamentos citados, y subsidiariamente, y, para el caso de que en el procedimiento se acredite que resulta imposible el cumplimiento del pronunciamiento anterior, se condene a la entidad demandada a abonar a la actora el precio actual de los citados apartamentos e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia revocó en parte la sentencia apelada y acordó que, ante la imposibilidad de que por la demandada «C., S. A.», pueda entregarse la misma prestación comprometida en el contrato, condena a dicha entidad a que pague a doña Elvira Ángela María M. P. la cantidad que se fije en ejecución de sentencia como precio de los apartamentos litigiosos en 30 de mayo de 1982. Contra la referida sentencia de la Audiencia la actora interpuso recurso de casación.

NOTA.—Sobre la cuestión de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la obligación del deudor de pagar el equivalente pecuniario de la prestación (véase, Cabanillas: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 125 ss y 151). (A. C. S.)

**19. Intereses moratorios. Liquidez e iliquidez de las deudas.**—La jurisprudencia de nuestro país viene entendiendo, de acuerdo con el viejo brocardo *in iliquidis non fit mora*, que la liquidez de las deudas dinerarias es un presupuesto de la *mora debitoris* del artículo 1100 CC. La no concurrencia del mismo lleva consigo el no devengo de los intereses moratorios a que se refiere el artículo 1108 del mismo cuerpo legal mientras no se determine la deuda mediante sentencia judicial.

Según esta reiterada doctrina, una deuda es líquida cuando la resolución judicial condena a pagar la misma cantidad que la pedida (no lo sería si hubiere de determinarse en un proceso judicial o en ejecución de sentencia), en cuyo caso los intereses moratorios se devengarían desde la interposición de la demanda. En caso de que la condena lo sea por cantidad inferior a la pedida, sólo se devengarían éstos desde la fecha de la sentencia, pero no antes, puesto que hasta ese momento la deuda no era líquida y el deudor no habría incurrido en mora. (SSTS 5 de octubre y 25 de noviembre de 1983; 10 de octubre de 1986; 3 de noviembre de 1987; 7 de marzo de 1988, y citadas por la de 28 de octubre de 1986.)

«Esta conclusión no contradice la doctrina jurisprudencial que subordina la percepción de intereses a la decisión judicial que fije la cuantía de la suma a exigir, en cuanto que la indemnización económica declarada a favor de... es la misma que la reclamada por ellos en el suplico de la demanda que interpusieron,

y respecto a..., se comprueba que coincide, de manera sustancial, con la solicitada.» (STS de 20 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora formuló demanda de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad (indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de tráfico). Contestada la demanda y acumulados los autos procedentes de otro juzgado de la misma clase, el Juez de Primera Instancia de Zaragoza estimó las demandas respecto a parte de los demandados, y las desestimó respecto a otros, condenando a los primeros a abonar a los actores, en un caso, la misma cantidad que la solicitada, y, en otro, una cantidad superior a la fijada en la demanda (aunque justificada en virtud de otros conceptos también solicitados), con el abono, en ambos casos, de los intereses legales desde la interpelación judicial.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Zaragoza revocó parcialmente la resolución dictada en el sentido de absolver a parte de los demandados condenados, sin modificación alguna ni en cuanto a la cuantía fijada como indemnización en primera instancia ni en lo relativo a los intereses devengados.

Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo confirmando la sentencia dictada en apelación.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa parece continuar la línea que durante más de un siglo se ha asentado en la jurisprudencia del TS y que sigue al ya mencionado brocardo *in iliquidis non fit mora*, y que se halla, por tanto, en abierta contradicción con las más recientes sentencias de la Sala Primera de este Tribunal, que introducen un replanteamiento en sus efectos, mitigando la rigidez y automatismo de su aplicación indiscriminada a todos los supuestos de no coincidencia de la cantidad que se demanda con la que otorga la sentencia. (SSTS de 5 marzo de 1992; 17 y 18 de febrero, y 21 de marzo de 1994, y 20 de julio de 1995.)

Sin embargo, estas afirmaciones sólo son parcialmente ciertas, porque, aunque la sentencia anotada concede respecto a la primera demanda intereses legales desde la interpelación judicial sobre la base de la total coincidencia entre lo pedido y lo concedido por la sentencia (parece seguirse aquí el criterio tradicional), no es menos cierto, que respecto a la otra demanda que se acumuló a los autos, se conceden intereses legales, también desde la interpelación judicial, aun cuando del total de la cuantía concedida por la sentencia (3.268.695 pesetas), sólo una parte había sido concretada en esta demanda (3.076.582 pesetas), mientras que la diferencia entre ambas cantidades (192.113 pesetas), que correspondía a conceptos solicitados, pero en cuantía no concretada por el actor, hubo de ser necesariamente determinada en el proceso a tenor de las pruebas aportadas (cantidad no líquida, por tanto, y respecto a la cual no hubieran procedido, de seguirse el criterio tradicional de la jurisprudencia, los intereses que se concedieron).

La sentencia que nos ocupa justifica la concesión de intereses sobre el total de lo concedido (también sobre el exceso no concretado) por la existencia de una «sustancial» coincidencia con lo solicitado. Sin embargo, sólo parece coherente esta conclusión a la luz de la reciente línea jurisprudencial que considera inaplicable el principio *in*

*iliquidis non fit mora*, aunque la determinación concreta de la deuda haya exigido pronunciamiento judicial (como en este caso), tal y como venía reclamando parte de la doctrina española [vid. Ruiz Rico Ruiz, J. M.: «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», en *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990, pp. 1893 ss]. (A. G. C.)

**20. Acción revocatoria o pauliana.**—El hecho de que la parte demandada haya constituido unilateralmente derecho de hipoteca (en este caso segunda hipoteca) a favor del acreedor que no la ha aceptado, no es motivo suficiente para desestimar el ejercicio de la acción pauliana que ejercita la parte acreedora, sobre la base del carácter subsidiario que tiene la acción pauliana en nuestro Derecho. En este sentido hay que tener en cuenta el principio de purga que respecto de la ejecución hipotecaria mantiene nuestro ordenamiento jurídico y que atribuye un determinado contenido económico al rango hipotecario, como es el presente caso, en el que la primera hipoteca (constituida, además, a favor de acreedor distinto) agota el valor patrimonial de la garantía, que resulta insuficiente para cubrir el importe de la segunda hipoteca, de tal forma que se produce la insuficiencia patrimonial que legitima el ejercicio de la acción pauliana.

**Consecuencias procesales del principio de legitimación registral.**—La más reciente y ya consolidada doctrina del TS, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos, coetáneo de la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto de la titularidad dominical. (STS de 1 de diciembre de 1995; no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Doña C. P. R. presentó demanda de tercería de dominio contra el «B. E. C.» ante el Juzgado de Primera Instancia de Palencia, demanda que fue reconvenida por el demandado solicitando la revocación y nulidad de los títulos en que basaba la tercería. El Tribunal desestimó la demanda y estimó la demanda reconvenida. Apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial de Palencia, ésta desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C)

**21. Contrato de concesión o distribución. Carácter atípico.**—Los contratos de concesión o distribución, a pesar de su acusada naturaleza atípica, ya que tienen como contenido principal las obligaciones asumidas por cada parte, al amparo y en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, tienen una base común, la mutua colaboración entre concedente y concesionario para la puesta en el mercado de un producto o servicio de determinada marca o signo comercial. Estos contratos se presentan unas veces como exclusivos y de duración indefinida, como exclusivos de duración temporal fijada, o simplemente como relaciones contractuales por tiempo indefinido.

**Resolución unilateral del contrato. Límites.**—Tanto en los supuestos de exclusividad como de duración sin limitación temporal, procede la resolución a instancia de cualesquiera de las partes, pero ésta no puede operar en forma abusiva ni alejada del ámbito que marca y delimita la buena fe, puesto que los derechos del concesionario, derivados de la instalación comercial constituida, infraestructuras, clientela, incluso almacenaje y acumulación de mercancías, no pueden ser marginados y menos avasallados. Ha de preceder un preaviso y la correspondiente liquidación de las relaciones comerciales que se mantuvieron, para efectuar los abonos y compensaciones económicas que sean procedentes.

**Efectos de la resolución unilateral arbitraria. Aplicación de los artículos 1101 y 1107 CC.**—Los deberes derivados del propio contrato, determinan la necesidad de acomodar la facultad resolutoria unilateral a una conducta contractual leal y acorde con el negocio celebrado. Ante la falta de pruebas de la concurrencia de justas causas que impideran calificar la resolución unilateral de arbitraria, la inobservancia de estas obligaciones previas constituye una situación de incumplimiento contractual que determina, por sí misma, una obligación de reparar el daño causado a la contraparte, siendo de aplicación el artículo 1101 en relación con el 1107, ambos CC. (STS de 18 de diciembre de 1995; no ha lugar.) (M. I. M. P.)

**22. Sustitución de Magistrado ponente.**—La no comunicación a las partes del cambio de un Magistrado ponente si bien es una evidente irregularidad procesal, sin embargo, no tiene entidad suficiente para provocar la nulidad de actuaciones, máxime cuando no conste que se haya producido indefensión a una de las partes alegando éstas alguna causa de recusación. Esta afirmación es doctrina generalizada de la Sala Primera del TS mantenida, entre otras, en las SS de 28 de febrero de 1991, 23 de marzo de 1992 y 30 de abril de 1993.

Una vez se «ha nombrado el Magistrado sustituto, está sometido a los mismos deberes funcionales y procesales, incluso para ser Ponente con arreglo al turno previamente establecido (arts. 203 y 204 de la citada Ley)».

**La voluntad deliberadamente rebelde y el artículo 1124 CC.**—En los últimos tiempos la doctrina jurisprudencial «ha sustituido el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde, que no está ni en la letra ni en el espíritu del artículo 1124 CC y que parece indicar actitud dolosa del incumplidor, lo que tampoco exige el precepto, por ser suficiente o bastar que se frustren el fin del contrato o las legítimas aspiraciones de los contratantes». Es obvio que se frustra el fin contractual y se justifica la resolución, cuando no se ha satisfecho más de la mitad de lo convenido. (STS de 29 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don J. A. G. B. y don B. C. R. instaron demanda de menor cuantía contra don P. R. R. y don M. A. G. sobre otorgamiento de escritura pública de venta. Los demandados contestaron a la demanda y formularon a la vez reconvencción solicitando, entre otros pedimentos, la resolución del contrato de compraventa. El juez de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimaba tanto la demanda como la reconvencción.

Interpuestos recursos de apelación por ambos litigantes, la Audiencia Provincial confirmó parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la demanda y estimar la reconvencción. Formulado recurso de casación por los actores, el TS declaró que no había lugar al recurso.

NOTA.—Tradicionalmente se consideraba que para operar la resolución por incumplimiento era requisito preciso, entre otros, «la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento». La mayoría de doctrina y la jurisprudencia así lo habían entendido y ello pese a que en el texto del artículo 1124 CC nada se establecía al respecto. Sin embargo, dado las anomalías que en ocasiones planteaba dicho requisito, recientemente se ha ido conformando una línea jurisprudencial que ya no exige dicha voluntad deliberadamente rebelde, sino que considera suficiente con «que se frustre la finalidad del contrato o las legítimas aspiraciones de las partes». Esta línea jurisprudencial, que en sus albores cuenta con SS como las de 12 de abril de 1982 y 18 de noviembre de 1983, y que encuentra un exponente claro en la sentencia objeto de esta anotación, no es doctrina totalmente asentada. Prueba de ello es la existencia de SS, como las de 24 de marzo y 15 de junio de 1995 (RJ 1995/4859), que mantienen el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde, o bien SS, como la de 20 de junio de 1993, en la que se sigue una postura intermedia (véase, por todos Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, pp. 706 ss). (S. A. R.)

**23. Resolución contractual. Término del plazo.**—La aplicación por parte de la jurisprudencia de los artículos 1124 y 1504 CC en los casos de resolución (de bienes inmuebles, en este supuesto) va a exigir unos determinados requisitos para que sea posible desplegar la facultad resolutoria que se recoge en ambos artículos. En efecto, es doctrina reiterada del Tribunal (SS de 20 de junio de 1990, 25 de enero de 1991, 16 de julio y 28 de septiembre de 1992, y 21 de septiembre de 1993) que el retraso del cumplimiento de la obligación no es causa suficiente para acogerse a la resolución del artículo 1124, sino que para ello es exigible una «voluntad frustradora del fin del contrato». Es decir, se requiere un comportamiento que patentice (expresa o tácitamente) la idea de incumplimiento en la parte demandada.

Por tanto, nos encontramos ante el siguiente conflicto: el término del plazo, por un lado, junto a la facultad resolutoria que debería gozar el vendedor; y, por otro lado, un posible cumplimiento del contrato y de la obligación de ambas partes, aun tardíamente. La balanza se inclina a favor de esta última opción, y ello porque, tal y como establece el TS, los hechos muestran la inexistencia de una voluntad incumplidora, «pertinaz y definitiva», que frustre el fin contractual, tal y como exigen para su aplicación los artículos anteriormente mencionados. El que se haya alcanzado el plazo para su cumplimiento sin que éste se efectuara, no posibilita el acudir a la resolución, «como si el cumplimiento de los contratos... estuvieran sometidos a las directrices de una prueba de velocidad», ya que si el cumplimiento contractual aún es posible, se va a preferir frente a dicha resolución. (STS de 7 de noviembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil «V.» realiza un contrato de compraventa con la sociedad anónima «F.» en documento privado, por el que vende una finca, cuyo precio será 500.000.000 de pesetas. Se pacta lo siguiente: 20.000.000 de pesetas son pagados en el momento de realización del contrato; los restantes 480.000.000 de pesetas se abonarán al otorgamiento de la escritura pública antes del 20 de diciembre, donde también se deberá señalar, por parte de la compradora, Notario y



persona a la que se le asigne el bien inmueble, ya que si llegado este plazo no se realiza lo pactado, la vendedora se quedará la cantidad adelantada en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Con ello, el 19 de diciembre, la sociedad compradora se persona ante Notario para que se le notifique, de manera personal y por correo certificado, a la parte vendedora, que se cumple con lo pactado. El 20 de diciembre comparece ante el mismo Notario la sociedad vendedora que, recordando la conclusión del plazo señalado, se acoge al artículo 1504, invocando la resolución del contrato por falta de pago, y estableciendo que la cantidad aportada por la sociedad compradora quedará en su poder en concepto de indemnización, tal como se pactó.

La sociedad compradora formula demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando, entre otros, la plena validez del contrato de compraventa, que es desestimada, al igual que en la Audiencia Provincial. Finalmente, el TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante.

NOTA.—Es necesario destacar en la sentencia que nos ocupa dos puntos esenciales: en primer lugar, el plazo que se establece en la relación obligatoria no ha de ser considerado como un término esencial, en la medida en que el cumplimiento posterior de la obligación no va a frustrar el interés del acreedor; cabe un cumplimiento tardío del contrato, sin que con ello se lesione el fin contractual. Si el término establecido fuera esencial, nos encontraríamos ante una resolución automática, pero no ocurre así.

Por otro lado, la idea de que cualquier incumplimiento no puede ni debe acogerse a la medida resolutoria, se halla presente en la postura tomada por el Tribunal. Sin embargo, también deja entrever, dado el énfasis puesto a la voluntad cumplidora del contrato, la aceptación de una de las tres líneas que la jurisprudencia mantiene: de un lado, la que sostiene la máxima acatada en los años 40 y que exige la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por una de las partes; la que supone, de otro lado, una suavización de esta máxima, en la medida en que se llevaba a cabo una valoración judicial del comportamiento del demandado, y, por último, la que se centra en la objetivación del incumplimiento resolutorio, independientemente de la voluntad del demandado y basándose en la frustración del fin del contrato. Ante la crisis en la que se halla tal doctrina (exponiendo la máxima antes referida), algunas sentencias incluso llegan a hablar de «voluntad renuente» (STS de 4 de abril de 1991). En esta sentencia, el Tribunal parece adoptar una postura intermedia, ya que entremezcla la idea de voluntad deliberada y pertinaz de incumplimiento, como de frustración del fin del contrato. Se acoge, por tanto, no a la máxima referida, aunque tampoco a la objetivación completa de ésta, sino a una suavización, confundiendo ambas ideas. Lo que sí es cierto es que con ello, tal como lo muestra Díez-Picazo (voz «Resolución», en *Enciclopedia Jurídica* 1996), se tiende al principio de conservación del contrato, «en la medida en que éste es útil todavía para alcanzar los fines propuestos por las partes». (P. S. S.)

**24. Acción de resolución de contrato de compraventa de inmuebles. El incumplimiento es cuestión fáctica en la que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia.**—El incumplimiento contractual es cuestión fáctica, que no precisa de una actitud ostensiblemente rebelde, bastando que se desobedezcan, por acción u omisión, los términos del contrato (S de 5 de marzo de 1986), de manera que difícilmente puede prosperar un recurso que se limita a proponer un nuevo criterio o interpretación sin que varíe la base de hecho sentada en la instancia, precisamente por ser una cuestión de hecho, cuya impugnación o ataque no cabe realizar por el cauce o vía del número 5.º del artículo 1692 LEC (hoy núm. 4.º, después de la modificación introducida por la Ley 10/1992).

**Para acoger la *exceptio non adimpleti contractus* es necesario que exista incumplimiento por la otra parte de sus obligaciones principales.**—Para acoger la excepción *non adimpleti contractus* no bastan meras sospechas o temores de consecuencias futuras y tampoco es suficiente aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (SS de 7 de marzo de 1986 y 17 de marzo de 1987).

**Complementariedad de los artículos 1124 y 1504 CC. Similitud de los requisitos de las acciones que ambos contienen.**—Y, finalmente, si bien se viene proclamando (SS de 24 de junio y 31 de octubre de 1968, 3 de junio de 1970, 10 de noviembre de 1982 y 7 de marzo y 5 de mayo de 1983) que los artículos 1124 y 1504 CC no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla, que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el primero, hace aplicación de modo específico y concreto el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, lo que hace que para el éxito de la acción resolutoria regulada en el artículo 1504 hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio de la del 1124 consideró indispensables la jurisprudencia de esta Sala, entre ellos el de que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumbían, pues según la doctrina jurisprudencial no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones (SS de 16 de noviembre de 1956, 21 de enero y 9 de marzo de 1960, 19 de mayo de 1961, 17 de junio de 1969, 7 de febrero de 1984, 28 de noviembre de 1985, 2 y 13 de marzo de 1986 y 9 de octubre y 27 de noviembre de 1987).

**La voluntad de incumplir puede manifestarse de modos diversos, sin que sea necesaria una voluntad «deliberadamente rebelde», no exigida por el artículo 1124 CC.**—La voluntad de incumplir puede manifestarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte (SS de 10 de marzo de 1983 y 24 de enero y 4 de marzo de 1986), sin que se necesite una actitud dolosa, bastando que se frustren el contrato o las aspiraciones contrarias (S de 5 de junio de 1989), pues la voluntad «deliberadamente rebelde» no aparece ni en la letra ni en el espíritu del artículo 1124, debiendo cohonestarse con los actos o conductas del deudor denotadores de incumplimiento (S de 18 de noviembre de 1983), de forma que, como hacen las SS de 26 de enero y 3 de diciembre de 1988, 2 de junio y 20 de diciembre de 1989 y 24 de febrero de 1990, entre otras muchas, «la exigencia de la voluntad deliberadamente rebelde por el comprador al cumplimiento de su obligación de pago del precio», se atenúa, en orden a la resolución de la compraventa, por la más acorde de que ha de patentizarse la exigencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de

lo convenido, que por su trascendencia pueda justificar la resolución. (STS de 22 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras requerir repetidamente el pago de los plazos acordados a la compradora, la parte vendedora de varios inmuebles ejercita acción de resolución del contrato de compraventa, basándose en el incumplimiento de la compradora. El Juzgado de instancia acogió parcialmente la demanda y concedió a la demandada un plazo para efectuar el pago de lo adeudado junto a los intereses devengados. Apelada por ambas partes la sentencia, la Audiencia la revocó en lo concerniente al plazo y declaró resuelto el contrato con los efectos establecidos por el Juzgado de instancia. La parte compradora interpone el recurso de casación, alegando la *exceptio non adimpleti contractus*. (M. C. B.)

**25. Manifestación de voluntad resolutoria en el requerimiento notarial: los efectos del artículo 1504 CC.**—Esta sentencia reproduce la idea ya recogida en sentencias anteriores de que la voluntad resolutoria, a los efectos del citado precepto, se debe manifestar de forma indubitada, clara e inequívoca. «El requerimiento legalmente previsto ha de contener, inequívocamente, la declaración de voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato (26 de junio de 1978, 6 de febrero de 1979; 30 de marzo, 10 de abril y 23 de mayo de 1981, y 27 de mayo de 1985), circunstancias que, contrariamente a lo afirmado por la sentencia impugnada, no aparecen con la nitidez exigible dada su trascendencia, en el presente caso en el que (...) no resulta la notificación al deudor de tener por resuelto el contrato de compraventa a que se refiere, sino contrariamente un requerimiento de pago del resto de lo convenido, de modo que ni la carta por sí misma, en cuanto que al remitirse expresamente al “contrato resuelto por Acta de Conciliación” obliga a entrar en el examen de ésta, ni el contenido de la conciliación a que se contrae, permiten afirmar que contengan una rotunda declaración de voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, sino más bien dando pie —con manifestaciones que son, al menos, de opuesto sentido— a una interpretación equívoca de la voluntad del comprador (*sic*) incompatible con la forma indubitada clara y única, como tal voluntad resolutoria debe aparecer a los efectos del artículo 1.504 CC». (STS de 17 de julio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone por el vendedor demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre resolución de contrato de compraventa de inmueble e indemnización de daños y perjuicios, por impago de la totalidad del precio en el tiempo y cantidad convenidos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda evidenciando el impago de dicha cantidad y la voluntad de resolver la compraventa en la carta dirigida por conducto notarial por el actor-vendedor al demandado-comprador. Esta sentencia es confirmada en recurso de apelación ante la Audiencia. La parte compradora interpone recurso de casación alegando, entre otros motivos, la interpretación errónea del artículo 1504. El TS estima el recurso, dado que la tesis de la sentencia impugnada gravita sobre la existencia de un requerimiento resolutorio practicado por el vendedor al comprador moroso y tal requerimiento no existió en los términos que el precepto civil y la doctrina interpretadora exigen. (I. H. M.)

**26. No se produce indefensión del demandado si el demandante no dispone de su nuevo domicilio.**—Según tiene establecido la jurisprudencia no concurre indefensión si el demandante no dispone de otro domicilio acreditado de los demandados que el que se consignó en la demanda, pues no se pueden amparar las conductas de los litigantes, activas o pasivas, que emanan de su exclusiva voluntad, conveniencia y acomodo (STS de 30 de enero de 1993).

**La citación para celebrar acto de conciliación produce los efectos del requerimiento resolutorio.**—Como sostuvo la STS de 8 de mayo de 1982, estableciendo en la instancia que la citación a conciliación del comprador que debe parte del precio se realizó en forma legal, no puede invocarse que aquella conciliación no fuera el requerimiento del artículo 1504 CC, cuando la no asistencia a aquel acto no puede entenderse, sino como una manifestación más de la voluntad obstativa al cumplimiento, negándose a dar por recibidas las citaciones.

**No es incompatible con la resolución el hecho de haberse girado letras después del requerimiento.**—El segundo motivo acusa igualmente la infracción del artículo 1504 CC (1692-5.º LEC) a causa, según sostiene, de haberse seguido girando después del requerimiento letras, representativas del precio al cobro, hecho que supondría mal realizada la opción que el referido precepto confiere en cuanto al cumplimiento e incumplimiento y la incompatibilidad de la solución elegida con la otra. Mas tal evento no sucede como contradicción de la voluntad manifestada por el vendedor, sino como es usual en el tráfico mercantil, por la dificultad de retirar las cambiales ya puestas en circulación a la fecha del requerimiento. Con todo, los compradores no satisficieron dichas letras. Por ende, el motivo decae.

**La penuria económica del comprador no enerva la eficacia de la resolución.**—No cabe alegar como causa enervatoria de la eficacia del precepto la penuria económica por la que atravesaba la demandada como consecuencia de la separación judicial llevada a cabo con su marido. (STS de 27 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El TS declaró bien hecho el requerimiento resolutorio de una compraventa de inmuebles, efectuado por el vendedor al solicitar la celebración de un acto de conciliación con los compradores, sin que impidan ese efecto que el marido demandado ya no viviera en el domicilio señalado en la demanda, que se hubieran girado nuevas letras después de la resolución, o que la esposa demandada tuviera una situación de penuria económica. (L. F. R. S.)

**27. Permuta. Aplicación de las normas de la compraventa. Referencia expresa a la aplicabilidad del artículo 1504 CC.**—Señala la S, que si bien es cierto que el contrato de permuta se rige por las normas de la compraventa en todo lo que no alcancen las disposiciones especiales para aquel contrato (arts. 1538 a 1541 CC), hay que entender que dada la autonomía jurídica de la permuta, contrato en la historia anterior al de compraventa, tal aplicación de las normas de ésta lo será en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de la permuta. En este sentido, establece que «al no existir precio en la permuta, no son aplicables las normas reguladoras del precio de la compraventa, pues en aquella no existe un precio en dinero o signo que lo represente, lo que implica que en la permuta ninguna de las partes está obligada a realizar una prestación dineraria; además, y por

lo mismo, no cabe en la permuta distinguir entre un vendedor y un comprador». A esto añade que «tampoco son aplicables a la permuta los preceptos sobre la compraventa que se basen en aquella contraposición entre cosa y precio como respectivas prestaciones de las partes, y de ahí que el artículo 1504, que estricta y expresamente se refiere sólamete a “la venta de bienes inmuebles” y a la falta de pago del precio (inexistente en la permuta), no sea aplicable a este último contrato». Concluye, en este sentido, señalando que «el criterio expuesto excluye, por lo tanto, aplicar a la permuta el requerimiento de resolución que el artículo 1504 exige para la venta de bienes inmuebles, cuestión discutida por la doctrina científica; pero que se estima que debe seguirse en el caso ahora discutido ante la inexistencia de pacto alguno en el contrato sobre aplicación del artículo 1504 a la permuta debatida, único supuesto con el consiguiente pacto comisorio, aquí no concurrente, en que podría seguirse la necesidad del referido requerimiento de resolución».

**Imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación.**—«Ni en la demanda ni en la contestación, ni se discutió en ninguna de las instancias la aplicación del mencionado artículo 1504, por lo que traer, como hace el recurso, a este trámite casacional el problema de su aplicación al contrato de permuta litigioso constituye evidentemente una cuestión nueva, no susceptible de ser discutida ahora por primera vez, por implicar, aparte de la indefensión de la parte recurrida sobre ese punto, que nada pudo probar al respecto, una alteración de la *causa petendi*».

**El artículo 1124 CC. La causa del incumplimiento.**—Se adhiere la sentencia a la reiterada jurisprudencia (SS de 26 de enero y 3 de diciembre de 1988, 24 de febrero de 1990, 6 de noviembre de 1991, 22 de marzo de 1993 y otras), en virtud de la cual la causa del incumplimiento no es necesario que sea una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del obligado, sino que «es suficiente que se patentice la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que, por su trascendencia, pueda justificar la resolución por frustrar las legítimas esperanzas de la otra parte contratante». (STS de 31 de julio de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don B. A. P. y su esposa doña María P. P. P. formulan demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra la Sociedad Mercantil Constructora «Masajor, S. A.», solicitando se declare la resolución de un contrato de permuta suscrito entre las partes en documento privado el 1 de enero de 1988, condenando a la entidad demandada, en la persona de su representante legal, don M. V. G. A., a pagar a los actores la cantidad de 9.510.000 pesetas que se les adeuda hasta el 30 de mayo de 1989, sin perjuicio de dejar para la ejecución de las sentencias las cantidades que resultasen adeudadas por aplicación de lo acordado entre las partes.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda declarando resuelto el contrato de permuta suscrito entre ambas partes y condenando a la Constructora demandada a abonar a los actores la cantidad de 4.250.000 pesetas, sin perjuicio de las que se continúen devengando. Contra dicha sentencia se interpone por la demandada recurso de apelación, el cual es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Las Palmas, confirmando la sentencia apelada en cuanto declaró resuelto el referido contrato de permuta y condenando a la demandada a

restituir a los demandantes la posesión inmediata de la vivienda y solar entregados por los actores en permuta al demandado y a indemnizarles de los daños y abono de intereses que el cumplimiento haya ocasionado a los mismos, procediéndose, en trámite de ejecución de sentencia, a la estimación de aquellos daños. La Constructora «Masajor, S. A.», formaliza recurso de casación, el cual es desestimado. (O. M. B.)

**28. Promesa bilateral aceptada de donar inmuebles y muebles: calificación del contrato: doctrina general sobre el precontrato.**—La doctrina científica viene estudiando la figura del contrato preliminar bajo dos puntos de vista, el que pudiera calificarse de tradicional, entendiéndose que el precontrato es un contrato en sí mismo, por virtud del cual las partes quedan obligadas a celebrar, en un momento posterior, un nuevo contrato, siendo esta obligación de contratar cuyo objeto consiste en la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, en esencia una obligación de hacer, o, más concretamente, una prestación de emitir en el futuro una declaración de voluntad, que es acto estrictamente personal y no coercible directamente, debiendo su incumplimiento traducirse en una indemnización de daños y perjuicios. La otra posición doctrinal más moderna entiende que el precontrato es ya un contrato completo, y que al no tratarse de una obligación de contratar en el futuro, se contrae más bien una obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo, fijándose en el mismo unas líneas directrices o unos criterios básicos que las partes deben desarrollar en un momento posterior; se afirma por los defensores de esta teoría que en el precontrato existe ya todo el contrato principal o definitivo, pero un germen o síntesis, debiendo contener sus líneas básicas y todos los requisitos exigidos para la validez del llamado contrato futuro; en esta línea parece orientarse la S de 13 de diciembre de 1989, en la que se llega a la conclusión de que en el cumplimiento forzoso del precontrato puede sustituirse la voluntad del obligado por la del Juez, circunscribiéndose el derecho a la indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir.

**Necesidad de diferenciar la naturaleza de los bienes para establecer la validez del contrato litigioso.**—Para determinar la validez del contrato privado de 16 de agosto de 1987 por el que se ceden bienes inmuebles o muebles es necesario diferenciarlo en razón al objeto, dados los distintos requisitos que el CC establece para la donación de unos y otros.

**Interpretación de la voluntad de los contratantes.**—Debe rechazarse la tesis del recurrente de estar en presencia de un precontrato o contrato preparatorio de una donación futura, pues del tenor literal del mismo no se deduce la voluntad de celebrar otro segundo contrato, pues los verbos se emplean en tiempo de presente, sin que ello se desvirtúe por la frase «y tan pronto podamos los haremos por escritura ante Notario», en la que se revela única finalidad de cumplir un requisito de forma, probablemente por ignorar que se trataba de un requisito constitutivo.

**Donación de inmuebles: escritura pública.**—A tenor del artículo 633 CC, mientras no se dé cumplimiento a la forma no hay contrato, y las partes no quedan obligadas por el solo hecho de que haya mediado el consentimiento no formal; si partimos de la literalidad del documento y de la correspondiente existencia de una pura donación de inmueble, sin cumplir el requisito de la forma, el

contrato es nulo o inexistente; y si a efectos dialécticos se acepta la pretendida calificación jurídica como precontrato, hay que concluir que, o la promesa bilateral de donar inmuebles ya es en sí misma una donación perfecta, o no puede determinar en el futuro la obligación de realizar una donación, ya que la simple promesa de realizar en el futuro una donación de inmuebles, no es admisible en nuestro Derecho.

**Donación de muebles: forma.**—El artículo 632 CC exige la formalidad escrita (documento privado) junto a la aceptación escrita, o bien la entrega simultánea cuando se hace verbalmente, siendo aplicable el párrafo 1.º del artículo 633 en cuanto exige la descripción de los bienes donados, como elemento determinante de aquellos que se donan, pues, en otro caso, no valdría la donación por indeterminación del objeto, y esto aunque no existiera el citado párrafo. En el presente caso, con relación a una finca, se dice «con todo mobiliario y bienes y ganado dentro», lo que obliga a reconocer que la designación del objeto se hizo de una manera y con un concepto típicamente genérico, que en alguno de sus términos llega a ser totalmente indeterminado, como cuando se habla de «bienes» sin más concreción; por otra parte, el mobiliario situado dentro de la finca está comprendido en el número 5 del artículo 334 CC, y tiene la naturaleza de inmueble por destino, a cuya donación se aplica el régimen de los inmuebles; la referencia hecha al «ganado» más que genérica resulta indeterminada, pues no se desprende ni la clase ni el número de cabezas, todo lo cual resulta indeterminado y posiblemente indeterminable.

**Inexistencia de las cesiones gratuitas de inmuebles y muebles.**—Hay que concluir que las cesiones de bienes que se plasmaron en el documento privado de 16 de agosto de 1987, carecen de eficacia y procede declararlas inexistentes dado la esencia de los requisitos establecidos en la Ley.

**Defectos formales del recurso.**—El presente recurso se articula a través de un solo motivo en el que se denuncian infringidos hasta un total de diez artículos CC, infringiendo la doctrina de esta Sala que exige el tratamiento separado de cada una de las infracciones que se denuncian. (STS de 23 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—Ajustada S, de la que ha sido Ponente Burgos Pérez de Andrade, y cuya mejor comprensión requiere la transcripción del documento privado de 16 de agosto de 1987, que contiene los hechos básicos que sirven de fundamento a la demanda, y que fue desestimada sustancialmente en ambas instancias. Dice así: «Reunidos en este día doña M. J. G. B. y doña J. M. P., mayores de edad, vecinas de Cilleros, ceden a F. C. A., mayor de edad, casado con F. D. H., vecino de Cilleros, todos los derechos y participaciones que nos correspondan en el piso situado en Madrid, calle Bravo Murillo 174; en la casa situada en Cilleros, calle Generalísimo, 10, con patio y jardín y huerto unidos, y junto con cualquier participación en los mismos que nos corresponda, y también las fincas conocidas como Vega de Melao, también en Cilleros, con todo mobiliario y bienes y ganados dentro; también cedemos los regadíos conocidos por las Vegas Comillas, en Cilleros; todos los bienes fueron heredados con anterioridad; esta cesión se la hacemos en reconocimiento por los servicios y asistencias que recibimos de don Florentino y su esposa, y que tan pronto podamos las haremos en

Escritura ante Notario, queriendo que en este momento, por si nos ocurre algo, sea firme y valedero; ésta es nuestra voluntad, que don Florentino agradece y firma junto con nosotros».

Doña J. G. B. fallece al mes siguiente bajo testamento abierto otorgado en 1983, en el que designa herederos universales a doña Josefa y a don José Luis.

Doña J. M. P. fallece en febrero de 1989 sin haber otorgado testamento, por lo cual se instó la declaración de heredera *ab intestato* en favor de otra persona.

No consta si las *donantes* disponían de otros bienes a su muerte. La demanda se interpone contra la heredera *ab intestato* de J. M. P. y contra uno de los herederos testamentarios de M. J. G. B., y sólo se estima en cuanto a la devolución de un préstamo. El recurso de casación también se destina con base en la extractada doctrina.

En términos generales, la argumentación de la S resulta impecable, recogiendo la *communis opinio* sobre los requisitos formales de la donación. Puede consultarse Albaladejo: *Comentario Ministerio Justicia*, I (Madrid, 1991), p. 1602 ss. El desarrollo argumental es lógico y coherente partiendo del planteamiento del actor que, en todo momento, ha pretendido la existencia de un precontrato de donación, inexorablemente destinado a fracasar como hasta la saciedad demuestra la STS. Con todo, surge la duda de si la calificación del contrato ha sido acertada, ya que del contrato transcrito se deduce la *prestación de servicios y asistencias* de modo duradero y continuado, como lo corrobora la prestación estimada de devolución de un préstamo. ¿No cabría pensar en la existencia de una modalidad de contrato vitalicio, atípico aunque jurisprudencialmente tipificado, lo que cambia el carácter de la atribución patrimonial, de gratuita a onerosa? Estaríamos en presencia de un planteamiento inadecuado del pleito, que acaso hubiera podido obviarse por la S.

Marginalmente la S transluce la desconfianza e *inimicitia* clásicas hacia la donación. Por ejemplo, la indeterminación de las cosas muebles donadas no parece tan evidente al hacerse constar que todos los bienes se adquirieron *mortis causa*, lo que puede implicar una determinación *per relationem*. (G. G. C.)

**29. Vicios ruínógenos. Responsabilidad del contratista. Requisitos para su excusión.**—Se corrobora lo mantenido por las SS de 8 de febrero de 1994 («el contratista, como profesional que es [...], debe indicar las consecuencias perjudiciales que se pueden seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de una obra, [...] sin que pueda] escudarse en la simple y socorrida excusa de que hace lo que le mandan, pues, de lo contrario, sobraría su mención entre los responsables de los daños que enumera el art. 1591») y de 22 de septiembre de 1986 («el constructor, por su carácter de técnico, debió o no realizar la obra, no aceptarla, o bien advertir de las consecuencias que tendría hacerla de la manera proyectada»).

**Irregularidad procesal debida a los órganos judiciales. Requisito para que produzca indefensión.**—«No toda infracción o irregularidad procesal debida a los órganos jurisdiccionales provoca [...] la indefensión a que se refiere el artículo 24 CE, lo que se traduce en la necesidad de que por la parte que estime



que tales infracciones la han puesto en situación de indefensión se acredite que ha agotado los recursos o remedios que para corregirla concede la Ley». (STS de 26 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil «C. T, S. A.» demanda por vicios de la construcción, entre otros, a la constructora «C. M., S. A.», y al Aparejador, don J. P. R., que resultan condenados solidariamente, siendo absueltos en la instancia los también demandados «GdE, S. A.» y el Arquitecto don J. C. V. La Audiencia confirma la sentencia apelada, frente a lo que recurre la constructora en casación, basando la misma, por lo que a cuestiones formales respecta, en no haber sido en su día debidamente notificada de la demanda. En efecto, se incorpora al procedimiento en la comparecencia del 691 LEC, promoviendo seis días después incidente de nulidad de actuaciones que le es desestimado y que la constructora no recurre. (L. F. L.)

**30. Reclamación de precio en contrato de ejecución de obra con suministro de material.**—Como declara el TS, en el contrato de arrendamiento de obra del 1544 CC que supone la obligación de ejecución de una obra por un precio cierto, el precio no es necesario que sea determinado de antemano, pues son válidas las ejecuciones de obras en la Administración, en las que el precio se fija posteriormente en relación con los trabajos y materiales empleados, como también resulta precio cierto cuando pueda inferirse de una tasación pericial. Es de encaje legal que el mismo contrato de obra se haga conviniendo la entrega del trabajo del que lo presta o añadiendo, además, el ejecutor el suministro del necesario material (art. 1588 CC), en cuyo caso supondría, como establece el Alto Tribunal, un negocio mixto, en el que confluye la normativa del contrato de compraventa y del contrato de obra.

Existente entre las partes un contrato verbal de ejecución de obra con suministro de material, probado a través de los hechos y documentos obrantes en autos y no de presunciones legales, con lo que no hay cabida a una infracción del artículo 1.249 CC, y cumplida la obligación de ejecución de obra con aportación de materiales se genera una obligación para la otra parte que supone el pago de las cantidades derivadas de la efectividad de los trabajos y las aportaciones materiales, sin que exista causa que exonere de la obligación del pago. Razón que justifica la condena por la Sala a la parte deudora del pago de la cantidad correspondiente al precio de las obras realizadas y los suministros aportados.

No se podrá considerar, según la pronunciación de la sentencia y en base a los documentos probatorios una vez realizada la obra, la relación jurídica existente entre las partes, como de mandato del artículo 1709 CC, ni representación, ni mandato representativo, que hay que proyectarla hacia el exterior, teniendo en cuenta de que no se aporta prueba sobre poder alguno, ni mandato tácito del artículo 1710 CC que en cualquier caso necesita de la convergencia de las voluntades de los interesados.

**La tacha sin prueba no impide al Juez valorar las declaraciones de los testigos tachados.**—Es reiterada jurisprudencia de este Tribunal que la tacha de un testigo no impide la valoración discrecional por el Tribunal de la prueba testifical (STS de 6 de octubre de 1994 que cita las de 17 de mayo de 1974 y 30 de julio de 1980, 6 de mayo de 1983, 3 de diciembre de 1984 y 10 de noviembre de 1989), siendo totalmente diferente a cuando se produce una inhabilidad del testigo (arts. 1246 y 1247 CC). A mayor abundamiento se puede decir que no se

puede censurar la valoración discrecional por el tribunal de un testigo acusado de tacha, en cuanto que propuesta la tacha de un determinado testigo de no cumplirse el trámite de la aportación de pruebas por las partes del artículo 662 LEC, supone, según la disposición del artículo 664, la unión de la misma a autos para la valoración en su momento. Teniendo en cuenta que la tacha es, además, una prueba de consideración circunstancial, se valorará la misma así como la declaración testifical por el Tribunal y siempre en conjunto con el resto de elementos. Por lo que nos conduce a concluir que propuesta la tachas sin su correspondiente prueba no supone una ineficacia probatoria.

**El principio de *in iliquidis non fit mora*.**—El Tribunal admite en la sentencia que aunque no coincida la cantidad obligada a satisfacer a la parte recurrente con el *petitium* de la demanda esto no supone la no generación de intereses en cuanto que sea considerada como cantidad indeterminada. El principio de *in illiquis non fit mora* tiene para el Supremo una aplicación menos rígida, flexibilizando así la línea mantenida. De esta forma el que no exista coincidencia entre la cantidad demandada y la otorgada en la sentencia no debe suponer una negativa a la mora y a la entrega de intereses. Porque, como afirma la sentencia, «el acreedor no con el detrimento patrimonial de no reconocerle los intereses correspondientes respecto a aquellas cantidades que integraban su haber como debidadas y acreditadas» ... «esto conduce a fijar los correspondientes intereses en relación al momento procesal de decisión-fallo que lo establezca como generantes de la deuda; lo que no es el caso de autos». (STS de 17 de julio de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El actor, la mercantil «Feran S. A.», formuló demanda suplicando que se dictara sentencia que condene al demandado al pago de la cantidad de 6.060.586 pesetas, más intereses desde la demanda y condena en costas, por unas obras realizadas al demandado H. V. V. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condena al pago de 4.848.630 pesetas, más los intereses de la demanda y sin costas. Las partes ante la sentencia interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga, que resuelve desestimando el interpuesto por la parte demandada y estimando el de la parte demandante, que supone la revocación de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia y obligando a pagar al demandado la cantidad de 5.865.976 pesetas, más el interés legal desde la demanda y sin la condena en costas. No prospera el recurso de casación interpuesto por el demandado H. V. V. (E. M. O.)

**31. Arrendamiento de local de negocio. Obras de adaptación: naturaleza y autorización de las mismas.**—Las obras de adaptación son las que responden a las exigencias de adecuar el local a las necesidades para lo que se arrienda, causa y fin de la *locatio* que pervive al contrato y justifica su *implícita autorización* por el arrendador. En todo caso, han de referirse al tiempo de la puesta en marcha del negocio, sin que se entienda indefinida la facultad del arrendatario para la realización de las mismas, puesto que ello supondría una lesión de las facultades dominicales. Estas obras de acondicionamiento, por su naturaleza y finalidad, son objeto de interpretación laxa por la jurisprudencia.

**Resolución del contrato de arrendamiento. Artículo 114.7 LAU: realización de obras que alteren la configuración del local sin el consentimiento del arrendador.**—La razón legal que inspira esta causa de resolución consiste en la obligación que tiene el arrendatario de mantener y devolver la cosa arrendada en

el estado en que la recibió, conforme al artículo 1561 CC, que funciona como norma general en la *locatio rei* o en la *locatio conductio*. Es doctrina reiterada del TS que la interpretación de todas las causas del artículo 114 LAU 1964 ha de ser restrictiva de tal manera que sólo aquellas obras que por su entidad modifiquen la configuración legítima la resolución de la relación arrendaticia. Sin embargo, entiende el TS que la configuración de un local es un concepto abstracto y general por lo que en cada caso concreto habrá de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes para apreciar si se ha alterado el espacio comprendido en el local arrendado, bien sea procediendo a su incremento o disminución o provocando una variación sustancial en su distribución (SS de 11 de enero de 1954 y 29 de mayo y 30 de septiembre de 1964).

**Obras que afectan a elementos comunes.**—Las obras que afecten a dichos elementos no son subsumibles en el artículo 114.7 LAU, puesto que los mismos están excluidos del vínculo arrendaticio y el objeto del arrendamiento es exclusivamente la superficie situada dentro de las paredes del local. En el supuesto que nos ocupa entiende el Alto Tribunal que la supresión de una pared de cerramiento del local arrendado para comunicarlo con un patio interior es una obra que afecta al espacio constitutivo del local arrendado. (STS de 10 de noviembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades «P., S. A.», y «D., S. A.», concertaron, en fecha de 22 de mayo de 1985, un contrato de arrendamiento de local de negocio en el cual se recogía la autorización a la entidad «D., S. A.», arrendataria, para llevar a cabo en el local las obras de adaptación que estimara convenientes, así como una bonificación de 25.000 pesetas mensuales que compensaba en la renta el importe de todas las obras de adaptación que se realizaran.

Inmediatamente después de la celebración del contrato se procede por la entidad arrendataria a la supresión de un tabique de cierre del local que daba a un patio comunal cubriéndolo a nivel de la planta de entresuelo y anexionándolo al local. Transcurridos cinco años desde la finalización de las obras, la entidad arrendadora ejercita la acción resolutoria del contrato de arrendamiento al amparo del artículo 114.7 LAU por la realización de obras no autorizadas y alteración de la configuración del local. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y declara no haber lugar a la resolución. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia se declara la resolución del contrato. El TS deja sin efecto la sentencia de la Audiencia Provincial y declara no haber lugar a la resolución del contrato.

NOTA.—En la sentencia que nos ocupa, el TS se centra en fundamentar el carácter de las obras de adaptación como obras implícitamente autorizadas por la entidad arrendadora y, además, realizadas con proximidad temporal a la celebración del contrato. Sin embargo, no profundiza tanto en el problema de la configuración del local, la cual no entiende alterada con la incorporación al mismo de un patio interior «de escasos cinco metros cuadrados», cuando incluso entiende que el lugar exacto de las obras, el tabique derrumbado, está dentro del perímetro del local arrendado.

Influye en la estimación del recurso por el TS la tardanza en la reclamación de la resolución del contrato de arrendamiento, puesto que,

si bien nos encontramos ante un plazo general de prescripción de quince años, la entidad arrendadora, teniendo constancia de la realización de las obras por la bonificación pactada en la renta en el contrato, dejó transcurrir cinco años desde la finalización de las mismas. (R. D. O.)

**32. Contrato de *leasing* financiero. Anulación de condiciones generales de acuerdo con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.**—La vulneración de la LGDCU por dos condiciones generales de un contrato de *leasing* financiero, una que prevé la subrogación del arrendatario en los derechos que el arrendador tuviese contra el suministrador del bien objeto del *leasing* y otra que declara cumplidas ya todas las obligaciones derivadas del contrato por el hecho de su suscripción, tiene, como consecuencia, de acuerdo con lo previsto en su artículo 10, la nulidad de las mismas, sin que pueda aplicarse en este supuesto la excepción que generaliza la declaración de nulidad de todo el contrato. (STS de 13 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad «Turismo y Deporte, S. A.», celebró un contrato de *leasing* financiero con «Uninter Leasing, S. A.», cuyo objeto era una central telefónica. «Turismo y Deporte, S. A.», demandó a «Uninter Leasing, S. A.», solicitando la anulación de todas las condiciones generales del contrato o, subsidiariamente, algunas de ellas. Con carácter alternativo pidió la resolución del contrato. En ambos casos solicitó también la retirada de los bienes a costa de la demandada y el pago por ésta de 1.685.943 pesetas.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda en su totalidad. La Audiencia Provincial revocó en parte la sentencia, declarando la nulidad de determinadas cláusulas de las condiciones generales del contrato y la validez del resto. La actora interpuso recurso de casación, que es rechazado por el TS.

NOTA.—El mayor interés que plantea esta sentencia radica en que afirma la aplicación de la LGDCU de 19 de julio de 1984 (concretamente, el art. 10), relativo al control del contenido de las condiciones generales de la contratación, al *leasing* o arrendamiento financiero, y de acuerdo con el artículo 10.4 declara la nulidad de dos cláusulas.

Como ya he puesto de relieve [Cabanillas: «La configuración del arrendamiento financiero (*leasing*) por la Ley de 29 de junio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre *leasing* internacional», ADC, 1991, pp. 994 ss.], la solución del problema del control de las condiciones generales en el *leasing* o arrendamiento financiero podría encontrarse en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Sin embargo, en la mayor parte de los casos no podrá aplicarse esta Ley al *leasing* o arrendamiento financiero, al no actuar el usuario (arrendatario) como «destinatario final» en los términos de los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la misma.

La Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988, imposibilita prácticamente que las operaciones de *leasing* o arrendamiento financiero sean llevadas a cabo por sociedades que no acomoden su actividad a lo prescrito en la misma, y solamente se aplica, como se infiere de la disposición adicional séptima, cuando los bienes objeto de cesión queden únicamente afectados a explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesana-

les, de servicios o profesionales. Esta disposición no se refiere al crédito al consumo, sino al crédito a la inversión.

Desde luego, resulta muy discutible considerar aplicable la LGDCU por analogía al *leasing* o arrendamiento financiero, ya que exige ineludiblemente que el usuario o consumidor sea destinatario final de los bienes o servicios. Si no se cumple este presupuesto subjetivo de aplicación, no hay más remedio que aplicar los criterios de control de las condiciones generales de la contratación que configura el Derecho común (sobre estos criterios, De Castro: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961, pp. 295 ss., y «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 1055 ss.; Cabanillas: «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1982, pp. 41 ss.).

Creo que el adecuado control del contenido de las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero sólo se producirá satisfactoriamente en nuestro Derecho cuando se promulgue, al fin, la tan esperada Ley de Condiciones Generales de la Contratación, presumiblemente en la presente legislatura, que establecerá, siguiendo el modelo introducido por la Ley alemana para la regulación de las condiciones generales de los negocios de 1976 (*AGB-Gesetz*) y la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, un eficaz control del contenido de las condiciones generales de la contratación. (A. C. S.)

**33. Concurrencia de causas que no interrumpe el nexo causal.**—La conducta de la víctima constituye una concausa que no rompe el nexo causal ni absorbe la del conservador del aparato o la de los propietarios, todos los cuales omitieron normas de prevención que debieran haber adoptado, al consistir la culpa en no prever lo que pudo y debió ser previsto, sin exigencia de una ignorancia inexcusable o con omisión de la más vulgar experiencia, ya que entonces estaríamos en la culpa o negligencia temeraria, tratándose aquí no de tal acusación sino de una concurrencia de responsabilidades y de que no hubo «culpa exclusiva de la víctima», que es lo único que podría romper el nexo causal.

**Responsabilidad del conservador de ascensores.**—Aunque don José Luis Abril no sea el fabricante o distribuidor de los aparatos elevadores, su responsabilidad deriva de su carácter contractual de conservador, pues no se le contrata para que conserve lo que está en mal estado, sino para que lo corrija o advierta a la propiedad de que es necesaria la corrección, de manera que si no lo hace falta a las exigencias de su trabajo y ha de responder de lo que pudo y debió prever, con la posibilidad del accidente.

**Solidaridad de los responsables del hecho ilícito.**—El motivo ha de ser desestimado al ser ya consolidada la jurisprudencia de que se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el acto ilícito culposo, con pluralidad de agentes y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualesquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado, según dispone el artículo 1144 CC (SS, por ejemplo, de 3 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981, 28 de mayo de 1982 y 21 de octubre de 1988), bien como una excepción a lo previs-

to en los artículos 1137 y siguientes, ya por entender que el resultado dañoso sería íntegramente imputable a cada una de las conductas ilícitas de los varios copartícipes, o porque así resultaría de redactarse el artículo 1902 en plural o, en fin, porque la idea básica de la solidaridad radica en facilitar la reparación del daño causado en beneficio de la víctima del ilícito, lo que surge igualmente de la confrontación con el Código Penal, que impone la solidaridad entre los autores. Esta solidaridad del artículo 1902 no es, pues, impropia, sino que nace del mismo precepto y, consiguientemente, la Audiencia procedió conforme a derecho al declararla, pues la causación es única (una vez deslindada la culpa de la víctima). (STS de 18 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora sufrió graves lesiones al precipitarse por el hueco de un ascensor al intentar salir después de haberse quedado encerrada y manipular el mecanismo existente en la parte inferior del camarín. La Audiencia Provincial apreció concurrencia de causas y condenó a indemnizar a los propietarios del edificio, al encargado del mantenimiento del ascensor y a su compañía aseguradora, distribuyendo la responsabilidad en vía interna. El TS ratificó esta decisión. (L. F. R. S.)

**34. Accidente laboral: compatibilidad de indemnización civil.**—En el supuesto de la sentencia supone la creación de un riesgo (trabajar en ambiente contaminado) y contemplaba un accidente laboral, manteniendo la compatibilidad de los procedimientos y de las responsabilidades, lo que nos lleva de la mano a la impugnada incompatibilidad; pero la jurisprudencia ha declarado que la compatibilidad de responsabilidades no se excluyen, sino que, por el contrario, las reglamentaciones laborales especiales vienen explícitamente reconociendo la vigencia en estos casos de los artículos 1902 y 1903 CC, expresando la S de 8 de octubre de 1984 que la jurisdicción ordinaria civil no viene vinculada a la laboral, siendo, por tanto, independiente para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los preceptos civiles, ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a relación de trabajo, declarando, asimismo, la S de 5 de enero de 1982 al expresar que son completamente compatibles ambas responsabilidades, como se deduce del artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo.

**Muerte por explosión en horno de fundición: responsabilidad por riesgo.**—La explosión acontece cuando al iniciarse el tercer insuflado, y producirse un nuevo hervido de la masa, se desprende de las paredes de la cuba chatarra que había quedado adherida y que, al introducirse bruscamente en el acero fundido del baño, origina una descarburación anormalmente violenta e instantánea, por combustión del carbono de la propia chatarra con el oxígeno libre del acero fundido, más el aportado por la inyección. Al producirse la explosión, la víctima se encuentra en traje de calle, a 5 metros de la puerta del horno, sin protección alguna, atendiendo a la llave de paso de la tubería de conducción de oxígeno, que había abierto previamente, siendo alcanzado de lleno por las proyecciones de acero y lengua de aire caliente, sufriendo quemaduras de diversa intensidad en el 100 por 100 de su cuerpo, que determinaron su fallecimiento a las pocas horas de ser ingresado. Con posterioridad al accidente la empresa llevó a cabo diversas obras para incrementar las garantías de seguridad en el trabajo.

La S de la Audiencia concluye que, aun no siendo reglamentariamente exigibles, la empresa no tenía adoptadas las medidas máximas completas y aconsejables para evitar accidentes como el ocurrido; y siendo la previsibilidad la esencia

de la culpa extracontractual, el acaecimiento demuestra que faltaba algo por cumplir, siendo la diligencia adoptada incompleta, que se corroboraba por el hecho de la realización de obras de precaución *a posteriori*; lo que impide la apreciación de caso fortuito, pues el accidente deriva de la explotación empresarial de la industria y riesgos inherentes a la misma, al manifestarse una actitud negligente en la falta de medidas de seguridad, existiendo, entre la omisión culposa y el resultado dañoso, una relación directa, sin interferencia de posibles conductas o eventos ajenos a aquella y, desde luego, sin haber mediado o interferido acción negligente por parte de la víctima.

**Relación de causalidad.**—Con base en la S de 26 (ó 27) de octubre de 1990, alega el recurrente que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararla, sin que esta necesidad pueda quedar desvirtuada por la posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba. Pero este motivo debe rechazarse, pues sigue rigiendo el principio culpabilístico, siquiera atenuado y no constituido en la única *ratio* de la responsabilidad, cuando no se prueba la interferencia de voluntad extraña que rompa de modo total el nexo entre la acción u omisión y el daño, de forma y manera que ha de responderse incluso cuando las cautelas omitidas hubiesen podido producir simplemente una minoración del daño; por ello ha de estarse aclaratorio de S de 7 de marzo de 1994, en cuanto señala que el concepto moderno de culpa no consiste sólomente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica, y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino también en su desarrollo, se entiende existen conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o la conducta por ser contraria a valores jurídicos exteriorizados, es decir, una conducta socialmente reprobada, entendiéndose que el nuevo principio de responsabilidad por riesgo o sin culpa responde a exigencias de nuestro tiempo, aunque no suele ir ausente de toda voluntariedad (culpabilidad) respecto del hecho, con lo que se impide caer en la responsabilidad por el mero resultado. (STS de 5 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—S plenamente de aprobar (Pte. Fernández Cid de Temes), pues parece clara la existencia de una negligencia de la empresa, por lo cual debe considerarse *obiter* otras argumentaciones. Unas de las razones —no confesadas— de la compatibilidad creo que radica en la escasa cuantía de las indemnizaciones laborales. Pero si la S civil firme se dicta a los once años de la muerte, ¿no hay una justicia extemporánea? (G. G. C.)

**35. Accidente laboral. Responsabilidad del empresario por falta de medidas de seguridad.**—Según la Sala sentenciadora, ni el Tribunal *a quo*, ni el Juez de instancia con anterioridad, han desconocido los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo en orden a una acertada y correcta aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC: acción u omisión culposa o negligente, bien propia y personal, bien de aquellas personas de quienes se debe responder, resultado dañoso efectivo y concreto y relación de causalidad entre uno y otro, y, precisamente, se han atendido a los mismos para exigir e imponer la responsabili-

dad indemnizatoria que declararon, con fundamento en la ausencia de una determinada medida de seguridad, a saber, la protección exterior del andamio o terraza en que se encontraba trabajando el accidentado.

De este modo, el Tribunal concluye que, «indudablemente la conducta omisiva respecto de esa medida de seguridad correspondía al empresario, ya por vía personal y directa, ya por tener que responder de la persona a la que, dentro de la obra, correspondiese su adopción material, y no cabe ignorar las posibles consecuencias a derivar de esa falta concreta de protección, entre ellas, como más elemental, la previsión de una caída al vacío por inexistencia de apoyo o sujeción, fuese cual fuese la razón determinante de la misma, lo que veda tener en cuenta en el caso de autos el mecanismo prevenido en el artículo 1105 del Código».

**Inexistencia de incongruencia. La estimación parcial de la demanda significa una desestimación de la falta de legitimación invocada. Las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes.**—Entiende el Tribunal que la circunstancia de que la desestimación de la falta de legitimación invocada sea implícita no ocasiona infracción alguna a las prescripciones cuya observancia exige el artículo 359 LEC.

A mayor abundamiento, recoge la Sentencia la reiterada doctrina de la Sala, en virtud de la cual, «en términos generales, las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito», y en el caso de los autos, aquella estimación vino a ser equiparable desde el plano de la pretensión de la excepción articulada por el demandado, a una sentencia absolutoria en favor del contrario. (STS de 20 de julio de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don Ángel V. M. y su esposa doña María del Carmen C. M. promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra don Juan M. S., sobre reclamación de cantidad de 6.000.000 de pesetas e intereses legales, por el concepto de daños y perjuicios como consecuencia del fallecimiento de su hijo, acaecido con ocasión de encontrarse trabajando, con categoría de peón, para la empresa del demandado, en una obra en construcción, al caerse al suelo desde un andamio.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Salamanca estimó parcialmente la demanda, condenando a don Juan M. S. a que abonase a los actores la cantidad de 4.000.000 de pesetas, absolviéndole del resto de las peticiones. Esta S fue confirmada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid siendo esta segunda sentencia recurrida en casación. El TS declara no haber lugar al recurso. (O. M. B.)

**36. Accidente de trabajo. Compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil. Competencia de la jurisdicción civil.**—Es muy notoria y reiterada la consolidada doctrina jurisprudencial que, con apoyo en las disposiciones en vigor, sostiene respecto de la responsabilidad y sus respectivos títulos legales la compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil. Como explica, entre otras, la STS de 4 de junio de 1993, la jurisprudencia ha reiterado la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante del acto culposo, ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903, regulares de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene admitiendo su vigencia, al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legisla-



ción laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil (SSTS de 5 de enero, 4 y 6 de octubre y 8 de noviembre de 1982; 9 de marzo, 6 de mayo, 5 de julio y 28 de octubre de 1983, y 7 de mayo y 8 de octubre de 1984), siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de la Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1093 CC), que es la culpa o negligencia no penadas por la Ley; así lo declara el artículo 97.3 y reitera tal compatibilidad el artículo 93.9, ambos de la Ley de Seguridad Social (STS de 2 de enero de 1991). Los argumentos que anteceden obligan a la estimación del motivo y establecer que corresponde a este orden jurisdiccional el conocimiento del asunto.

**Responsabilidad solidaria.**—La jurisprudencia ha mantenido reiteradamente que en caso de pluralidad de responsables del ilícito culposo extracontractual, como causa única o derivada del mismo hecho, son todos ellos solidariamente responsables frente al perjudicado (SS de 3 de abril de 1987, 12 de mayo de 1988 y 15 de marzo de 1993).

**Responsabilidad cuasi objetiva.**—Según la doctrina de esta Sala la culpa extracontractual (art. 1902 CC) consiste no sólo en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto de las personas, tiempo, modo y lugar, habiendo por ello evolucionado la doctrina hacia un sistema, que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de ponerse a cargo de quienes obtienen provecho la indemnización del quebranto sufrido por el sujeto, máxime cuando éste no ha podido tener la previsibilidad de un acontecimiento que está fuera del ámbito del conocimiento ordinario. (STS de 21 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor sufrió un accidente, con graves quemaduras y secuelas importantes, cuando trabajaba como peón agrícola a causa de una descarga eléctrica producida al contactar con el tendido eléctrico transportador de fluido de alto voltaje, base de la reclamación de culpa extracontractual, dirigida contra el empresario agrícola y la Compañía suministradora de energía eléctrica.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda en la que el actor solicitaba que los demandados fueran condenados a abonar la cantidad de diez millones de pesetas, con el fundamento mantenido por la sentencia recurrida de que no es la jurisdicción civil la adecuada, pues mientras el trabajador se encuentra bajo la dependencia laboral, cabe afirmar que todo daño o accidente producido lo es con ocasión de su relación laboral, por lo que se deduce que son los órganos de la jurisdicción social los que deben conocer, razón que conduce a la apreciación de oficio de la incompetencia de jurisdicción del artículo 533.1.º LEC.

El TS acogió el recurso de casación interpuesto por el actor, considerando competente la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de los demandados.

NOTA.—Esta STS tiene particular interés, porque se plantea con claridad el controvertido problema de la competencia jurisdiccional cuando tiene lugar un accidente de trabajo, tan frecuentes en la realidad social, siendo claramente discrepantes la posición de la Audiencia Provincial de Huelva, favorable a la competencia de la jurisdicción social, ya que el accidente se produjo con ocasión de la relación laboral, y la del TS, que sigue la reiterada doctrina de la Sala Primera del TS que admite en tal caso la aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, sin perjuicio de las prestaciones de carácter laboral que nacen de la relación de la Seguridad Social, cuya compatibilidad se infiere de la propia Ley General de la Seguridad Social, por lo que es competente la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad del empresario de índole extracontractual.

Diversas sentencias de la Sala Cuarta del TS consideran que la acción de responsabilidad que por falta de medidas de prevención puede utilizar el trabajador contra el empresario es de naturaleza contractual y la competencia para conocer de la misma es de la jurisdicción social de acuerdo con los artículos 9.5 LOPJ y 2 a) LPL (SS de 6 de octubre de 1989, 15 de noviembre de 1990, 25 de noviembre de 1991, 24 de mayo y 27 de junio de 1994 y 3 de mayo de 1995 y Autos de la Sala de Conflictos de Competencia de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994). Esta tesis es defendida por la doctrina laboralista (cfr. Moliner Tamborero: «La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales», *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 19, pp. 400 ss.).

Con la misma argumentación de la S que anoto, numerosas sentencias de la Sala Primera del TS declaran la aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC y la competencia de la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad del empresario en caso de accidente laboral (SS de 3 de octubre de 1961, 20 de mayo de 1966, 2 de octubre de 1971, 13 de abril de 1977, 7 de enero de 1982, 9 de marzo y 5 de julio de 1983, 8 de octubre de 1984, 16 de marzo de 1987, 8 de noviembre de 1990, 4 de junio y 27 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994, 7 de abril y 31 de mayo, 21 de noviembre y 5 de diciembre de 1995, 6 de febrero y 27 de febrero de 1996).

A nivel de las SS de las Audiencias Provinciales, tiene un extraordinario interés la S de la Audiencia Provincial de Asturias de 8 de julio de 1996, que tiene en cuenta la mencionada doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS, y, además, que la S, también de la Sala Primera, de 4 de diciembre de 1995, niega el valor de jurisprudencia a las resoluciones de la Sala de Conflictos, y se atiende a la condición de fuente complementaria de Derecho que en este orden civil tiene la doctrina que de modo reiterado establezca dicha Sala Primera del TS según señala el artículo 1.6 CC.

A mi juicio, es clara la naturaleza contractual de la responsabilidad del empresario por accidentes de trabajo. Aparte de su obligación contractual más característica (la de satisfacer la contraprestación salarial debida), el empresario asume una serie de deberes respecto al trabajador, de contenido extraordinariamente diverso, y que por tradición se vienen englobando en el llamado deber de protección del empresario.

Uno de estos deberes es el de seguridad e higiene [arts. 4.2 *d*) y 19 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales].

No admite duda la calificación como contractual de la responsabilidad del empresario en el accidente de trabajo por falta de adopción de medidas de seguridad. Pero surge el problema de la jurisdicción competente, que es una de las razones principales por las que el actor invoca la normativa sobre la responsabilidad extracontractual. El artículo 2 *a*) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden civil conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo. Pero el carácter contractual de la responsabilidad del empresario y la competencia del orden jurisdiccional social, no ha constituido un obstáculo para que la Sala Primera del TS haya considerado pertinente, de acuerdo con la acción ejercitada por el demandante, la aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC.

La Sala Primera del TS piensa *erróneamente* que lo que la Seguridad Social paga es la responsabilidad contractual del empresario. Y se concluye que la idea de la «perfecta compatibilidad de indemnizaciones» —expresamente admitida por el legislador (art. 127. 3 de la Ley General de la Seguridad Social) y reiteradamente afirmada por la jurisprudencia— sólo es congruente con la incardinación de la responsabilidad civil del empresario en el ámbito extracontractual (Pantaleón: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1985», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1985, número 8, p. 2617).

A mi juicio, si bien es clara la naturaleza contractual de la responsabilidad del empresario en los accidentes de trabajo, ya que el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores configura el deber de seguridad e higiene como un deber del empresario derivado del contrato de trabajo, y en el mismo sentido se pronuncia la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no puede desconocerse que, cuando se produce un accidente laboral porque el empresario no ha adoptado las medidas de prevención adecuadas, se infringe el deber general de no dañar a otro previsto en el artículo 1902 CC.

Por todo ello, estimo que la tesis de la concurrencia de responsabilidades, seguida por algunas sentencias de la Sala Primera del TS en relación con el problema que analizamos, como las de 6 de octubre de 1992 y 15 de junio de 1996, y por las documentadas sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de marzo y 20 de marzo de 1995, tal vez es la vía más adecuada, aunque no deje de ser problemática [cfr., Pantaleón: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II (art. 1.902), Madrid, 1991, pp. 1977-1981].

La doctrina de estas sentencias se adecua a la teoría dominante en nuestro Derecho en torno al concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual, aludiendo tanto a la teoría de la opción como a la del concurso de normas.

De manera implícita, en innumerables sentencias, la Sala Primera del TS tiene en cuenta la teoría de la opción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, limitándose, sin plantearse mayores problemas, a afirmar, de acuerdo con la pretensión del demandante, la

responsabilidad extracontractual del empresario por accidente laboral (exhaustiva información jurisprudencial por Martínez Lucas: *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal y criterios jurisprudenciales*, Madrid, 1996, pp. 180 y ss.).

Cavanillas Música («Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 24, 1990, p. 1153) observa que limitada la jurisdicción laboral a la materia contractual, seguiría correspondiendo a la jurisdicción civil la responsabilidad extracontractual del empresario. Basta, entonces, con aplicar a continuación el régimen de opción entre las acciones contractuales y extracontractuales que va fraguándose en nuestra jurisprudencia civil para concluir que los tribunales civiles podrán entender de las demandas de los trabajadores o sus familiares que se basen en la responsabilidad extracontractual del empresario. (A. C. S.)

**37. Responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal de carretera nacional: resarcimiento de daños y perjuicios a conductora por mal estado de conservación de vallas de un puente: competencia de la jurisdicción contenciosa: aplicación del derecho derogado.**—Después de constatar que la doctrina de esta Sala, acerca de este tema, no es, ciertamente, uniforme, el presente recurso interpuesto por el Abogado del Estado ha de ser estimado, ya que por preceptos legales explícitos [art. 3.º, apartado b) de la Ley de 1956, art. 40 LRJAE de 1957], viene expresamente atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las reclamaciones entabladas por los particulares por los daños o perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; la conservación de la valla protectora de un puente, de una carretera nacional, en el adecuado estado de seguridad y firmeza, es competencia de la Administración Pública, por entrañar un funcionamiento anormal del servicio público a cargo de la propia Administración; según el artículo 41 LRJAE la competencia de la jurisdicción civil sólo corresponde cuando la Administración actúa en relaciones de derecho privado, lo que no ocurre en este caso. (STS de 29 de diciembre de 1995; ha lugar.) (G. G. C.)

**38. Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia: doctrina general.**—Esta responsabilidad tiene una doble y distinta vertiente que aparece netamente proclamada en el artículo 121 CE y claramente diferenciada en los artículos 292 y 293 LOPJ; una de ellas es la constituida por el error judicial propiamente dicho y la otra es la integrada por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; la efectividad del error judicial requiere inexcusablemente la existencia de una resolución judicial a la que se atribuya cometido el supuesto error y que a través del procedimiento regulado por el artículo 293.1 LOPJ, recaiga una sentencia del Tribunal competente (en este caso, esta Sala Primera del TS) en la que se declare cometido el error por la resolución judicial que sea objeto de revisión; la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no requiere necesariamente la existencia de resolución judicial, ni la tramitación del procedimiento anteriormente referido (reservado exclusivamente para el *error judicial* propiamente dicho), sino que en tal caso el interesado ha de dirigir su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia.

**Error judicial: requisitos: procedimiento judicial sumario; no lo constituye la orden de entrega, mediante providencia, del sobrante al adquirente en documento privado de la finca subastada.**—El llamado *error judicial* según consolidada y notoria doctrina de las diversas Salas del TS, incluida su Sala especial, viene determinado por un desajuste objetivo, patente e indudable, con la realidad fáctica o con la normativa legal, habiendo de tratarse de un error craso, evidente e injustificado o, lo que es lo mismo, un error patente, indubitable e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales, generadoras de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico. Nada de ello es predicable de la providencia de 19 julio 1989, por la que el JPI número 17 de Madrid, en el procedimiento judicial sumario que tramitaba, acordó entregar a don V. R. M. el remanente o sobrante de la subasta celebrada en dicho procedimiento, ya que dicho Sr. acreditó ante el Juzgado haber comprado el piso, luego subastado, a la entidad mercantil ejecutada, mediante documento privado de 21 de abril de 1983, habiéndose subrogado en el pago de la hipoteca que gravaba el mencionado piso, por lo cual la referida providencia no constituye error judicial en el sentido jurisprudencial expuesto.

**Oposición a la acción indemnizatoria: ejercicio fuera del plazo de tres meses.**—Debe estimarse esta causa de oposición alegada por el Abogado del Estado, ya que la entidad actora no ha ejercitado la acción del plazo de tres meses en que pudo ejercitarse, conforme el exige artículo 293.1.a) LOPJ; en efecto el Juzgado tuvo al recurrente por personado en el procedimiento judicial sumario por providencia de 9 de septiembre de 1991, notificada el 13 del mismo mes, fecha a partir de la cual pudo examinar los autos y tomar conciencia de la existencia de la providencia de 19 de julio de 1989 que acordó entregar al comprador el remanente o sobrante del precio de subasta, y desde tal fecha pudo ejercitar la acción por error judicial, cosa que no hizo hasta el 19 de febrero de 1993, habiendo transcurrido con exceso el inexcusable plazo de caducidad de tres meses. (STS de 12 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de indudable carácter *pedagógico* (Pte. Morales Morales) que trata de clarificar las acciones que los justiciables pueden ejercitar contra el Estado por error judicial *lato sensu*. Con frecuencia, las propias deficiencias procedimentales tratan de ocultarse bajo el *manto protector* de esta acción indemnizatoria novedosamente reconocida en el artículo 121 CE, lo que no es de recibo. El carácter restrictivo del *error judicial* resulta claramente de la doctrina extractada, en la que acaso desentona la utilización del calificativo *esperpéntico*. Por lo demás, el propietario registral, que ejercita esta acción indemnizatoria, designó como domicilio para recibir notificaciones, el propio piso hipotecado, en el que, al parecer, nadie conoce a aquél; en cambio, aparece como *tercer poseedor* del inmueble hipotecado el adquirente en documento privado, quien sólo después del lanzamiento, tras alguna maniobra dilatoria, hace valer la compra en documento privado y recaba la entrega del sobrante. Parece que en este caso se ha respetado la justicia material, aunque no deja de haber sombras sobre el respeto efectivo de los derechos que la Constitución otorga a todo justiciable. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

**39. Usucapión: se precisa posesión pública y en concepto de dueño.**—Según reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 19 de junio de 1984 y 14 de marzo de 1991), la posesión en concepto de dueño como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional ni puede referirse a la pura motivación volitivas que llegaría a amparar el despojo cuando se sabe que hay un legítimo dueño, todo ello inspirado en la máxima clásica *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. De aquí que no se hubiera operado la prescripción adquisitiva extraordinaria por cuanto los demandados nunca adquirieron la posesión del inmueble litigioso en concepto de dueños (arts. 447 y 1941 del CC), pues lo único que consta acreditado es que tanto ellos como su causante pasaron a convivir —por razón de su parentesco— con la usufructuaria de la finca, ya viuda, y cuando se produjo el fallecimiento de ésta —en el año 1952— continuaron viviendo en la casa en la misma condición en que hasta entonces lo habían hecho, es decir, como meros precaristas o poseedores sin título alguno a los que, conforme al artículo 436 CC, les resulta aplicable la presunción posesoria de disfrute en el mismo concepto en que se adquirió esa posesión mientras no se pruebe lo contrario. Tampoco cabe apreciar un cambio por contradicción de esa posesión precaria y su conversión en una posesión pública en concepto de dueño apta para usucapir (arts. 1941 y concordantes del CC), en cuanto que los ahora apelados jamás exteriorizaron acto alguno que evidenciase un comportamiento como condueños, limitándose a continuar viviendo con su hermana, sin que ésta a su vez hubiese adquirido originariamente la posesión de la finca en concepto de dueño, ya que del hecho de convivir con la usufructuaria, por razones familiares, y que ésta fallezca, no puede inferirse ni remotamente que se haya producido un acto o negocio jurídico posiblemente determinante de una adquisición dominial, como es exigible. (STS de 25 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Villagarcía de Arosa, don O. O. S. accionando por sí y en interés de la comunidad de herederos de don M. O. G. presentó demanda contra don C. P. P. y otros sobre declaración de propiedad de finca. El Juzgado, estimando la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva, desestimó la demanda. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña estimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

**40. Propiedad Horizontal. Variación de destino de algunos locales. Actividades incómodas.**—En un edificio compuesto, según el título constitutivo, de planta sótano, planta baja con destino a locales comerciales y siete plantas altas destinadas a viviendas, a razón de dos viviendas por planta o piso, se instala un negocio de hostelería ocupando, además de la planta baja, los dos pisos de la planta primera y uno de la segunda. Al pretenderse su cierre por la parte actora (la Comunidad de Propietarios), se alega el cambio de destino de las citadas viviendas, para la realización de actividades no permitidas en los Estatutos. No prospera esta petición porque no existiendo Estatutos comunitarios, difícilmente se puede predicar que se haya producido cambio de destino de las partes privativas de que son titulares los demandados, cuando es precisamente en el concepto estatutario donde debe consagrarse el destino de las partes respectivas del inmueble y las limitaciones o prohibiciones de su ejercicio. Pero es, sin embargo, en la

escritura de constitución del régimen de Propiedad Horizontal y en las posteriores transmisiones de los pisos, donde consta claramente determinado el destino para vivienda de los mismos, ya que *en las mencionadas escrituras notariales se hace una clara y cuidada diferenciación entre piso, concepto genérico y vivienda, locución específica*. Además, son los propios demandados, quienes al otorgar ellos solos la escritura de constitución del régimen de Propiedad Horizontal especifican el destino de las plantas altas para vivienda, término, que como señala la STS de 2 de junio de 1970, de acuerdo con el Diccionario Oficial de la Lengua, significa morada, habitación, hogar y que por venir gramaticalmente establecido en el título constitutivo la expresión *destino a vivienda*, excluye cualquier otro destino, a salvo que en cada caso concreto pueda conjugarse, sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias. Pero hay más, la industria de hospedaje que instalaron los demandados en el edificio litigioso, resta mucho de ser la acogida de huéspedes en la propia vivienda o la modesta pensión que en ocasiones pudiera entenderse encuadrada en la finalidad de habitación o morada, sino que se han ubicado en los tres pisos un negocio de Hostal en toda regla, con amplias perspectivas de explotación negocial como se desprende de las reformas interiores efectuadas eliminando cocinas y salas de estar y la ilícita instalación de una habitación-conserjería en el portal. Apoya esta solución también el hecho de que en las estipulaciones de la escritura constitutiva del régimen de Propiedad Horizontal se hace constar que las fincas sitas en planta baja y sótano podrán ser destinadas *a cualquier clase de industria o negocio o actividad comercial que autoricen los organismos competentes*.

**Presunciones.**—Si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que religa el hecho base en el hecho consecuencia se ajusta a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante una verdadera presunción sino ante los *facta concludentia* que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1253 CC es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles. (STS de 23 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. R. B formuló demanda de juicio declarativo ordinario de Menor Cuantía sobre realización de obras y otros extremos contra don S. M. M. y doña E. D. B. ante el Juzgado de Primera Instancia de Orense. La Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Orense estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

**41. Propiedad Horizontal. Obras realizadas sin el consentimiento de la Junta.**—El artículo 7 LPH prohíbe llevar a cabo alteración en los elementos comunes (sin el consentimiento de la Junta de Propietarios), por lo que no procede el cambio de destino de los locales conforme a lo que consta en el título, en virtud de actos dispositivos materiales realizados en forma unilateral, que desnaturalizan el servicio de las cosas, como sucede respecto al sótano, al tratarse de espacio cerrado, con comunicación interior con el local del bajo, pues se ocasionó un efectivo cambio total, cuando lo permitido fue sólo parcial (tres plazas y no cinco). No supone concurrencia de consentimiento tácito el hecho de que el Administrador de la finca hubiera adaptado y modificado las cuotas contributi-

vas, ya que se trata de un acto unilateral administrativo que no se probó hubiera contado con el respaldo expreso y consentido de la Junta de Propietarios. La constancia registral de la regla estatutaria que facilita a los propietarios a agrupar o dividir sus locales, en la forma que tengan por conveniente, no legitima las obras realizadas, ya que este caso trata del derribo que practicó el recurrente del muro común que cerraba y separaba su local.

**Doctrina de los actos propios.**—Tampoco es estimable la aportación que se hace de la violación de la doctrina de los actos propios, pues la Junta de 28 de noviembre de 1988 no autorizó al cambio de destino del sótano de forma ilimitada, sino bien precisa y terminante, sólo para tres plazas, haciéndose una vez más supuesto de la cuestión. No se da la concurrencia de efectivo acto propio y concluyente que vincule a la Subcomunidad y contra el que no es lícito accionar en el alcance y con la extensión que pretende el recurrente.

**Abuso de derecho.**—No constituye abuso de derecho el hecho que desde la Junta de 28 de noviembre de 1986 hasta el 2 de mayo de 1989, fecha en que se requirió al recurrente, hayan transcurrido más de dos años sin protesta de los copropietarios ni interés por parte de los mismos. Si bien la apreciación de abuso de derecho constituye cuestión jurídica, siempre resulta necesario, como declaran las SS de 2 de noviembre de 1990, 5 de abril de 1993 y 11 de julio de 1994, que las premisas de hecho pongan de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar) que acrediten el abuso. En el presente caso para nada se probó que sólo hubiera mediado afán de perjudicar a cargo de la parte demandante, ya que a ésta le asiste interés legítimo en que se respeten los acuerdos comunitarios en sus propios términos, como evitar perjuicios que se derivarían del incremento del tráfico rodado en el sótano, con sus consiguientes dificultades de maniobras, por entorpecer y restar fluidez la afluencia de más vehículos como se puso de relieve en el informe pericial emitido. (STS de 18 de diciembre de 1995; no ha lugar al recurso.)

**HECHOS.**—La Comunidad de Propietarios del Edificio Fueros, Subcomunidad Fueros Garajes promovió juicio declarativo de menor cuantía contra don J. E. L. ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián por el derribo de un muro que éste había efectuado sin el consentimiento de la Junta de Propietarios. Estimada la demanda, el demandado recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de San Sebastián que desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

**42. Propiedad Horizontal. Legitimación del Presidente.**—El hecho de que el poder para pleitos hubiese sido otorgado por quien dicen las recurrentes ya no era Presidente de la Comunidad de Propietarios no supone obstáculo para la tramitación del recurso, ya que los defectos de representación técnica permiten subsanación (SS de 16 de octubre de 1976, 4 de diciembre de 1981, 27 de noviembre de 1985 y 20 de febrero de 1986) y el aquí denunciado habría quedado subsanado por el acuerdo de la Junta de 16 de mayo de 1988, posterior al apoderamiento, ya que por él quedó *reelegido* el Presidente y eso unido al uso del poder que se hizo en el proceso, significó ratificar lo antes hecho.

**Personalidad jurídica de la Comunidad de Propietarios. Legitimación activa.**—Tampoco puede ser acogida la excepción referida a la falta de personali-



dad de la comunidad que aparece en la demanda como actora, pues, sin entrar en el debate doctrinal sobre si la capacidad para ser parte ha de reconocerse sólo a entes con personalidad jurídica o, cual instrumento para la efectividad del Derecho ante los Tribunales, ha de ser reconocida también a ciertas uniones, como las de este tipo (Comunidad de Propietarios), el artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960, según el cual el Presidente representa a la Comunidad, fuerza a interpretar que cuando se emplea ese *nomen* se está designando a los distintos propietarios que en ella se han organizado.

**Abuso de derecho.**—Mal puede fundarse la razón del recurrente en el abuso de derecho de la contraparte, cuando claro resulta conforme a la prueba practicada y según las normas aplicables que la parte demandada fue la que no respetó las reglas de convivencia que impone la copropiedad. Es claro que las obras realizadas en el muro que separan el patio de luces del edificio del local de que las demandadas son, respectivamente, propietaria y arrendataria, consistentes en la ejecución de una apertura para instalar un aparato de aire acondicionado produjeron la alteración de un elemento que es común y son contrarias a lo dispuesto en los artículos 7.2 y 11 LPH si no están respaldadas por el consentimiento unánime de todos los propietarios. Todo ello, independientemente de que el funcionamiento del mecanismo produzca molestias a los demás propietarios (lo que, éstos, para excluir toda imputación de abuso, afirman) y de que la abertura hecha en la pared sea o no necesaria y ésta sea precisa para el uso del local (argumentos utilizados por la contraparte), dado que la alteración de un elemento común, sin la dicha unanimidad constituye acto antijurídico por sí solo, sin que concurra causa de justificación alguna. (STS de 6 de diciembre de 1995; no ha lugar al recurso.)

**HECHOS.**—La Comunidad de Propietarios de la calle Hurtado número 29 de Barcelona promovió juicio declarativo de menor cuantía contra P. T., S. A. y doña M. M. R. sobre realización de determinadas obras ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona, que estimó la demanda. Recurrída la sentencia, la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

**43. Propiedad Horizontal. Obras en elementos comunes.**—Una determinada Comunidad de Propietarios decidió realizar unas obras consistentes en el cercamiento del perímetro de la urbanización, mediante la instalación de las correspondientes vallas y tabiques de mampostería con sus puertas de acceso. Las obras afectaban a los elementos comunes de la urbanización, por lo que convocada la preceptiva Junta, se aprobó por mayoría la ejecución de tales obras. Los propietarios disidentes presentaron la correspondiente demanda que, desestimada en primera instancia, fue considerada en apelación. El TS parte del hecho de que las obras habían de efectuarse en elementos comunes, pero distingue, a la hora de adoptar los acuerdos, si las obras introducen o no alteraciones o modificaciones que puedan incluirse en el artículo 11 LPH, ya que de producirse dicho efecto es de una evidencia insoslayable la necesidad del acuerdo unánime para su válida realización. Sobre las obras objeto del presente recurso hace la Sala las siguientes consideraciones: 1.º Que las referidas obras merecen una calificación inicial de extraordinarias, en cuanto no están dirigidas a la conservación y reparación que los elementos comunes pueden experimentar como consecuencia de

su normal uso y disfrute. 2.º Que a su vez, las mismas, dada su finalidad de impedir el acceso al complejo de vehículos pertenecientes a personas ajenas a la Comunidad, a fin de garantizar la mejor y más segura convivencia en ella, merecen el calificativo de *necesarias no modificativas*, lo que puesto en conexión con lo indicado en el número precedente, da lugar a que la adecuada calificación de tales obras sea la de *necesarias no modificativas y extraordinarias*. A su vez, el carácter de *no modificativas* que la sentencia atribuye a tales obras hace que la consecuencia necesaria inmediata sea la exclusión de la aplicación del artículo 16, 1.º, LPH, y por consiguiente de la unanimidad en el acuerdo para aprobar su realización, siendo por tanto suficiente la mayoría.

**Ejercicio antisocial del derecho.**—Por otra parte, la sentencia resalta que la conducta de los actores, hoy recurridos, se encuentra un tanto alejada de la buena fe, adentrándose en el marco del *ejercicio antisocial del derecho*, ya que de un total de 509 titulares dominiales del Complejo, fueron únicamente nueve los que se opusieron al acuerdo y las obras en cuestión tenían como directa beneficiaria a toda la Comunidad, para su mayor seguridad, a través de impedir el libre acceso a la misma, los días festivos de personas ajenas a ella. (STS de 31 de abril de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don V. G. S. y otros formularon demanda contra la Comunidad de Propietarios del Complejo INTUR ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Alicante por la realización de determinadas obras. Estimado el recurso de apelación interpuesto ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, el TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

**44. Carácter común de las terrazas. Naturaleza de *ius dispositivum* de la enumeración del artículo 396 CC.**—Recoge la sentencia el criterio de la de 10 de febrero de 1992, en virtud del cual «las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas llamadas “terrazas a nivel”) tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 CC (al mencionar entre ellos a las “cubiertas”) y bien la descripción, no de *numerus clausus*, sino enunciativa que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enumeración, de *ius cogens*, sino de *ius dispositivum* (SS de esta Sala de 23 de mayo de 1984, 17 de junio de 1988, entre otras), lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1.ª del art. 16 de la Ley de 21 de julio de 1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. (SS de 31 de enero y 15 de marzo de 1985, 27 de febrero 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989, entre otras), mientras ello no se produzca (desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad) ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada».

**Incongruencia. Inexistencia.**—Señala la Sala que el artículo 359 LEC «solamente requiere para su efectividad que entre la parte dispositiva de la correspon-

diente resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes durante la fase expositiva del pleito exista la máxima concordancia y correlatividad, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal como en lo que atañe a la acción que se hubiese ejecutado». (STS de 29 de julio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. C. M. C. y doña María C. L. G., formularon demanda de menor cuantía contra la Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la calle Hermandad de Donantes de Sangre número 49, de Madrid, solicitando que se declarase la nulidad de los acuerdos tomados por la Junta General Extraordinaria de propietarios de dicha Comunidad de fecha de 16 de marzo de 1989, recogidos en los puntos primero, segundo y tercero del acta correspondiente, según los cuales. «1.º Queda anulado el punto relativo al cerramiento de terrazas del piso 1.º A, aprobado en Junta General ordinaria de fecha 19 de diciembre de 1988, por mayoría; ya que no explicó lo que pensaba hacer y dando a entender que el cerramiento sería igual que el de los demás vecinos. 2.º Se deniega el permiso de cerramiento de las dos terrazas del piso 1.º A en las condiciones expuestas por don J. C. M. C., propietario de dicho piso, en la junta celebrada hoy (saliéndose de la vertical de las demás terrazas), alegando la comunidad que las terrazas son mancomunadas y de uso y disfrute de los propietarios de los mismos (...) 3.º La comunidad aprueba darle permiso para el cerramiento de dichas terrazas sin salirse de la vertical de las terrazas superiores». Igualmente, se solicitaba se declarase la plena validez y eficacia del acuerdo tomado en la Junta General Ordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1988 en la cual se autorizaba a los demandantes a cerrar las dos terrazas.

La comunidad de propietarios, además de oponerse a la demanda, formuló reconvencción solicitando que se deshicieran las obras realizadas en los elementos comunes por los actores, y se dejaran las fachadas y cubiertas en el mismo estado en que lo fueron al declararse la constitución de la propiedad horizontal, indemnizándose a la Comunidad de Propietarios por los daños y perjuicios causados.

La Audiencia Provincial de Madrid no dio lugar al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda, y estimó parcialmente la reconvencción condenando a los demandantes-reconvenidos a deshacer las obras consistentes en el cerramiento de la fachada principal y patio, pudiendo realizar dicho cerramiento siguiendo la línea vertical de las terrazas de los pisos superiores, absolviéndoles de los demás pedimentos. Notificada la sentencia a las partes, don J. C. M. C. y doña María C. L. G. interpusieron recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, el cual es desestimado por el TS. (A. G. B.)

**45. La certificación registral no es documento inequívoco e indubitado a los efectos del ordinal 4.º del artículo 1692.**—En los casos de error instrumentados por la vía del ordinal 4.º del artículo 1462 hay que tener en cuenta la doctrina consolidada del TS, según la cual, «El documento ha de ser contundente e indubitado *per se*, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí

mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida». Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, «la certificación registral no puede estimarse cual documento inequívoco e indubitado a los fines pretendidos en el recurso, ya que la falta de constancia del sótano en la descripción registral del inmueble, en nada empece a la existencia real de aquél, careciendo, además, de absoluta relevancia en orden a la fecha de su construcción...».

**La naturaleza de la acción tendente al reintegro de un elemento comunitario.**—«Si bien es cierto que, en principio, cuanto se refiere a un elemento común de la propiedad horizontal, como es el solar o el suelo, ofrece un matiz de índole real, en especial cuando se trata de una acción tendente al reintegro de un elemento comunitario frente al autor de la perturbación o desposesión, no lo es menos que la calificación carece de esa nitidez cuando, cual acontece en el caso de autos, la acción se ejercita contra un titular que no tuvo ninguna intervención en el hecho y se le insta a que reponga a su primitivo estado el elemento común que, en su día, fue objeto de alteración, conducta la así exigida que es de género personal, pues, en definitiva, la acción se dirige contra el titular de un local y es una consecuencia de las relaciones obligacionales que surgen de su pertenencia a una Comunidad de Propietarios regida por la LPH, y en este segundo supuesto, la acción vendría sometida a la norma prescriptiva del artículo 1964, quince años...».

**El consentimiento de los copropietarios para la modificación o alteración de los elementos comunes.**—En torno a la exigencia por la LPH del acuerdo unánime de todos los copropietarios para modificar o alterar elementos comunes de inmuebles, es preciso que tal consentimiento «aparezca suficientemente acreditado y concluyente, pero admitiendo la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esa conclusión, doctrina la expresada que se encuentra recogida, entre otras, en las SS de 28 de abril de 1986 y 28 de abril y 16 de octubre de 1992...». A estos efectos, la realidad del tiempo transcurrido, 18 años, sin objeción alguna a la existencia del sótano, sin formular reclamación alguna, «debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe.» (STS de 13 de julio de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se promueve ante el Juzgado de Primera Instancia juicio declarativo de menor cuantía sobre alteración de elementos comunes en régimen de propiedad horizontal sin autorización de la comunidad solicitando que se condene al demandado a que rellene, tape y deje en su primitivo e inicial estado el sótano socavado bajo el local de su propiedad. La parte demandada alega la prescripción adquisitiva de dicho elemento. La demanda es desestimada en la primera instancia y confirmada en apelación. La parte demandante recurre en casación invocando error en la apreciación de la prueba al amparo del 1962-4.º; la infracción, por indebida aplicación, del artículo 1964 CC y, la infracción, por inobservancia, del artículo 7-2 LPH. El TS deniega el recurso por entender que los demandantes habían renunciado al posible derecho impugnatorio. (I. H. M.)

**46. Propiedad intelectual. La ausencia de relación entre la parte demandante de los derechos de propiedad intelectual y la antigua perceptora de los mismos, determina la no necesidad de estimar litis consorcio pasivo necesario.**—Al no concurrir relación alguna de la parte actora con la Compañía de Jesús y no participar ésta directamente en la que mantienen los que litigan, tratándose más bien de una anterior entre dicha Orden y la entidad que recurre, en la que no participaron los herederos *abintestato* reclamantes, no procede estimar situación de litis consorcio pasivo necesario, sin perjuicio de las acciones que puedan asistir a la Sociedad General de Autores de España, a ventilar en el correspondiente proceso y entre dichos interesados. Cuestión distinta es que la Compañía de Jesús pueda estar más o menos interesada en este pleito, pero ello no le atribuye situación de igualdad procesal para ser imperativamente traída al litigio, sino más bien supuesto de subordinación, que generaría posible coadyuvancia procesal, lo que no ha tenido lugar.

**La propiedad intelectual y sus beneficios no están excluidos de la transmisión hereditaria, pues corresponden a los derechohabientes del autor por cualquier título.**—Si bien el artículo 6 de la Ley de 1879 sólo autoriza la transmisión de los derechos de autor a determinadas personas y por tiempo limitado, dicha declaración no es terminante ni cerrada, pues los artículos 2-5.º y 3-4.º de la Ley especial disponen con carácter general que tanto la propiedad intelectual, como sus beneficios, corresponden a los derechohabientes, ya sean por herencia o por cualquier otro título traslativo del dominio, con lo que no se excluye expresamente a los herederos *abintestato*, cuyos derechos a suceder surgen vigente el CC y, por tanto, al ser a título universal el conjunto de las relaciones jurídicas correspondientes al causante, eliminándose las que se hubieran extinguido por su muerte.

**La pertenencia a las órdenes religiosas de los bienes de sus hermanos consagrada por los cánones 580 y 582 del Código Canónico no supone una efectiva transmisión dominical de los bienes de los hermanos.**—La literalidad de la normativa y su interpretación adecuada vienen a alcanzar la conclusión de que se trata de una cesión, durante la vida del religioso, proyectada directamente sobre situaciones posesorias y rendimientos económicos que se obtengan y no una efectiva transmisión dominical; lo que opera en este sentido con mayores razones, tratándose de propiedad intelectual, que el CC en sus artículos 428 y 429 viene a dar la naturaleza de especial.

**Sólo el pago hecho al acreedor legítimo libera de su obligación a la entidad pagadora.**—El pago efectuado a otra persona, extraña a la relación obligatoria creada o surgida, no resulta válido, conforme al artículo 1163 CC, salvo que se hubiera convertido en utilidad acreditada del acreedor, que no es el supuesto que enjuiciamos. El referido artículo civil 1162 no admite otra interpretación que la literal, para alcanzar la conclusión de ser inoperante todo pago que no encaja en los términos del texto, sin perjuicio de las excepciones que el Código contempla y que aquí no concurren.

**El conocimiento de la fecha exacta de la muerte del autor por la entidad pagadora elimina la buena fe requerida para la aplicación del artículo 1164 CC.**—El principio de buena fe en que descansa el referido artículo 1164, no concurre con efectos posteriores y permanentes, ya que la Compañía de Jesús no

era ya ni acreedor aparente y menos poseía legalmente crédito alguno contra la Sociedad General de Autores y sobre todo preferencial al que ostentan los herederos conforme dispone el artículo 661 CC. (STS de 30 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El heredero *abintestato* de un sacerdote jesuita, autor de ciertas obras musicales, reclama de la Sociedad General de Autores el pago de los derechos devengados por tales obras a partir de la fecha de la muerte, ya que antes del fallecimiento los derechos venía percibiéndolos la orden a que pertenecía el religioso. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación condenan a la demandada Sociedad General de Autores, que interpone recurso de casación. (M. C. B.)

**47. Pacto comisorio. Carácter imperativo de los artículos 523 CCO y 1872 CC.**—Los artículos 523 CCO y 1872 CC en cuanto regulan los procedimientos de enajenación de garantías, de los que no puede prescindirse, son de aplicación necesaria (STS de 25 de septiembre de 1986). Dado el carácter ilícito del pacto que autoriza al acreedor para apropiarse de las cosas dadas en prenda o disponer de ellas (SSTS de 3 de noviembre de 1902 y de 3 de marzo de 1932) los términos *podrá* y *salvo pacto en contrario* de los artículos 523 CCO y 1872 CC, no tienen la interpretación facultativa que les da el juzgador *a quo* sino que el término *podrá* del artículo 1872 quiere decir que el acreedor está facultado y no obligado a utilizar el procedimiento que dicho precepto establece, pudiendo prescindir de él sin abandonar sus derechos a la prenda, pues podrá proceder a la realización de su crédito persiguiendo otros bienes del deudor, mas en caso de pretender la venta de lo entregado en prenda deberá seguir el procedimiento del artículo 1872 (STS de 5 de octubre de 1926). En igual sentido se encuentra la interpretación que se da a la expresión *salvo pacto en contrario* del artículo 523 CCO en el sentido que no afecta a la disponibilidad del procedimiento a seguir, sino a la necesidad de que haya vencido o no el préstamo. De la misma forma los pactos contenidos en la póliza, que permiten su enajenación directa, no pueden acogerse al principio de libertad de pactos que proclama el artículo 1251 CC, ya que son contrarios a la moral y al orden público.

**Prescripción adquisitiva: no puede fundarse en un título nulo.**—El instituto de la prescripción tiene su base en la necesidad social, que se funda en razones de orden público, para dar firmeza y estabilidad a las relaciones jurídicas susceptibles de dudas y contradicciones, reduciendo la inseguridad de las mismas a un período de tiempo determinado para que no queden indefinidamente en lo incierto el dominio o el patrimonio y los derechos de las personas interesadas en ello. En consecuencia, esta institución se halla sometida a lógicas limitaciones, y como señala el artículo 1930 CC, para que surta sus efectos propios es preciso el cumplimiento de un requisito: el *justo título*, es decir, la causa jurídica de la adquisición del dominio por la posesión, y en tal concepto ha de ser de los que en Derecho produzcan la traslación del dominio, exigiéndose que sea verdadero y válido. Estas circunstancias no concurren en el caso presente, pues, como se ha razonado suficientemente, el título es radicalmente nulo, lo cual, entendiéndolo de la jurisprudencia del TS, impide la adquisición al amparo de la usucapión (SS de 12 de diciembre de 1946 y 14 de abril de 1958), pues el título nulo no transmite un derecho, o como señala la sentencia de 23 de octubre de 1954, siendo justo el título que legalmente baste para transferir el dominio —artículo 1952— no puede

servir para la prescripción el título que al ser otorgado en contra de lo prevenido en la Ley, se hallaba afectado de nulidad radical. (STS de 26 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Ponferrada fueron vistos los autos del juicio declarativo de Menor Cuantía promovidos a instancia de don R. R. B. contra don V. J. B. P., CIBSA, ECISA y otros sobre nulidad de venta de acciones, desestimándose la demanda. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid estimó el recurso de apelación revocando la resolución recurrida. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

**48. El derecho de adquisición preferente, concedido por ministerio de la ley, tiene la naturaleza de derecho real, eficaz *erga omnes* y ha de hacerse valer dentro del plazo de caducidad fijado a su especie.**—En el caso de autos no se discute otro requisito que el de no haberse dirigido la acción contra un siguiente comprador de la finca, del que ninguna noticia tuvo la retrayente.

Obligar a dirigir la demanda contra todos los sucesivos posibles adquirentes de una porción de finca sujeta al derecho de retracto es tanto como hacer claudicar el derecho de la retrayente o dejar a la voluntad del primer comprador la eficacia de derecho reconocido en la ley. Es sentir general de la doctrina y de la jurisprudencia que, cuando antes de caducar el plazo de ejercicio del retracto, si se ha producido otra transmisión y ésta la conoce también el actor retrayente, puede dirigir su acción contra ambos sucesivos adquirentes (SSTS de 10 de abril de 1904, 8 de junio de 1906, 13 de marzo de 1949, 27 de mayo de 1927, etc.), con lo cual, si prospera el retracto, hará efectivo su derecho sin que se plantee cuestión alguna en ejecución de sentencia. Naturalmente, el precio a satisfacer ha de ser el pagado por el primer adquirente, en cuya posición se subroga la retrayente, y ello aunque una S de 7 de enero de 1959, que por ser única no constituye jurisprudencia, hiciera referencia a que el pago, en caso de segunda transmisión, había de ser el de ésta. Criterio que además de aislado es insostenible, porque ello podría alterar los requisitos del retracto contenidos en el artículo 1518 CC, simplemente con sucesivas transmisiones.

Cuando esas nuevas transmisiones se conocen durante el litigio y se está en tiempo en que cabe extender la demanda a dicho nuevo adquirente, ningún obstáculo se opone a que el actor amplíe su demanda frente a ese segundo adquirente, con lo que igualmente evitará problemas de ejecución, en caso de prosperar el retracto, porque el tercero poseedor no demandado, no habría podido ser condenado. Pero para demandarle es preciso conocer la venta en tiempo hábil, tiempo que en el caso de autos, realmente existió, pero no fue conocida la venta, pues el conocimiento dependía de la colaboración leal del demandado, el cual, sabedor de que él mismo había vendido la finca retraída, lo calló todo el período que medió desde la admisión a trámite de la demanda hasta que la Audiencia resolvió el recurso contra la providencia de admisión.

**Ninguna norma legal obliga al retrayente a formular nueva demanda de retracto, contra el adquirente posterior. En cualquier caso, la sentencia favorable a la retrayente no será causa de efecto alguno respecto de terceros.**—En efecto, la actora en modo alguno ha de subrogarse en el lugar del adquirente posterior, pues ésta ejercita el derecho reconocido en el artículo 1522 CC, contra quien en la enajenación adquirió parte de la cosa común.

Por todo ello, cualesquiera que sean las dificultades de ejecución de la sentencia, no será indiferente la colaboración del demandado condenado, ni se podrá ignorar que el artículo 1510 CC y su referencia a terceros hipotecarios no es aplicable al retracto legal de comuneros, puesto que por tratarse de una verdadera limitación legal del contenido del dominio no precisa que conste en el Registro (*vid.* art. 37. 3 LH), además en el caso de autos no hay terceros registrales.

En todo caso, la sentencia favorable a la retrayente, si bien puede no darle posibilidad de posesión inmediata de la finca, constituye título apto para defender su derecho, ejercitando la acción que le convenga, ninguna de las cuales cabe dentro de este proceso, en el que la *perpetuatio legitimationis* impide tanto la entrada de terceros en el proceso como que se efectúen pronunciamientos contra quien no fue parte en el mismo.

En fin, si como se ha dicho, sólo al adquirente es obligado demandar, no puede hablarse de litis consorcio, y si la sentencia no ha de ser causa directa e inmediata de efecto alguno respecto de extraños al proceso, puesto que los que le afecten se producirán por ministerio de la ley, en consecuencia, el ulterior adquirente siempre tendrá la protección de la ley frente a quien le vendió contrariando el régimen de comunidad y de retracto legal que necesariamente conocía cuando vendió. (STS de 7 de julio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Se adquiere conjuntamente y por mitades una finca, una de las propietarias vende su cuota a un tercero, no teniendo noticia la otra propietaria de dicha enajenación, en cuanto a la fecha de la venta, precio y condiciones, que son en consecuencia desconocidas. Se interpone demanda de retracto de comuneros, solicitando se declare el derecho de la demandante a retraer la participación dominical enajenada, y requiriendo la entrega de la escritura de venta. Se contesta a la demanda por el adquirente de la cuota dominical, alegando la falta de legitimación activa o, en otro caso, pasiva, o bien la excepción de litis consorcio pasivo necesario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las excepciones procesales presentadas por el demandado y estimó la demanda, declarando el derecho de la demandante a retraer la participación dominical de la finca. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria revocó la sentencia y acogió la excepción de litis consorcio pasivo necesario. El TS casa la sentencia dictada en apelación, rechazando la existencia de litis consorcio pasivo y confirmando la sentencia dictada en primera instancia, precisando que en la ejecución de la misma no deben adoptarse decisiones contra quien por no haber sido demandado (entiéndase la referencia al segundo adquirente), no haya gozado del derecho de defensa. (A. I. H. O.)

## DERECHO DE FAMILIA

49. **Matrimonio canónico: efectos civiles de la dispensa pontificia sobre matrimonio no consumado: ajuste al Derecho estatal: doctrina general.**—A falta de pruebas acreditativas de que la decisión pontificia contraría al orden público interno, o resulte atentatoria contra el derecho constitucional, la homologación solicitada resulta estimable, pues el referido orden ha de estar no sólo al servicio



del Estado sino preferentemente al de los ciudadanos y sus derechos inviolables, uno de los cuales es el matrimonio canónico, por estar expresa y legalmente reconocido; en consecuencia, el ajuste al Derecho del Estado se produce sobre la base de concurrencia de las condiciones formales para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, con el plus que presenta su no contradicción a los principios jurídicos públicos y privados de nuestro Ordenamiento de Estado en su síntesis exponencial de orden público interno, sustantivo y procesal y con el cumplimiento necesario de derecho a la tutela judicial, que acoge el artículo 24 CE.

**Exégesis del artículo 80 CC y del ajuste al Derecho del Estado.**—La interpretación del artículo 80 CC, conforme al artículo 3.º, se hace exigente en cuanto al alcance del necesario ajuste a la legalidad estatal, pues se establece así una especie de mecanismo jurídico de control atenuado a cargo de los Tribunales ordinarios, conforme declaró la S de esta Sala de 10 de marzo de 1992, y que supera los estrictamente formales, en razón de haberse modificado el sistema anterior de plena jurisdicción de los Tribunales eclesiásticos (Concordato de 1953), y evitar en todo caso el automatismo que se produciría por la inmediata eficacia de las sentencias canónicas o decisiones administrativas pontificias, ya que ello vendría a conculcar frontalmente el artículo 117. 3.º CE y precepto 2 LOPJ.

**Remisión al artículo 954 LEC: requisitos formales.**—Hay que entender que el preciso *ajuste legal no se agota procesalmente con que cumplan las condiciones* —más bien que requisitos, como textualmente dice el artículo 80 CC— y a los que hace referencia el artículo 954 LEC, dada la especialidad de la materia; en el presente caso, los presupuestos formales se dan suficientemente concurrentes por probados, y así lo declara como hecho firme, no atacado, toda vez que se ejercitó en vía eclesiástica una acción personal, el trámite procesal se llevó a cabo con intervención del recurrente, que fue oído en el mismo, con posibilidad plena de ejercicio de sus derechos de defensa, ya que aportó pruebas, lo que excluye toda situación de rebelde; también se da la necesaria autenticidad conforme al ordenamiento canónico y la legalidad formal que exige la ley española en relación a la carta-ejecutoria que obra en los autos y hace referencia a decisión firme y ejecutoria, en cuanto se refiere al rescripto de la Santa Sede.

**Licitud.**—Exigido por el artículo 954 LEC se ha interpretado por la doctrina científica y jurisprudencial en el sentido de no contravenir el orden público del Estado, el que por su propia naturaleza se presenta variable y flexible, conforme a las circunstancias y realidades sociales (SS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), al conformarse por principios no sólo jurídicos, públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales o incluso religiosos y hasta supranacionales, que hay que preservar para el mantenimiento de la paz y orden social en toda su amplitud, y, a su vez, en atención a su relatividad por causa de la concepción social-política de cada momento histórico.

**Fuentes legales estatales y canónicas.**—El problema del requisito de licitud se entronca necesariamente con el ajuste al ordenamiento estatal que establece el artículo 80 CC, y del artículo VI-2 del Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979; el procedimiento lo regula la disposición adicional 2.a de la Ley de 7 de julio de 1981, que contempla actuaciones procesales propias de la Jurisdicción voluntaria cuando no se produce oposición

y, en otro caso, será el juicio de menor cuantía (S de 24 de septiembre de 1991), así como las SSTC de 22 de diciembre de 1988 y 8 de noviembre de 1993. Canónicamente el tema del ajuste no impone una revisión del fondo y contenido sustantivo de la decisión pontificia, en cuanto derecho de gracia que corresponde al Romano Pontificio y es otorgado en el ámbito del ordenamiento eclesiástico a medio del procedimiento contradictorio, conforme a la normativa canónica, así como la Instrucción *Dispensationis matrimonii*, de 7 de marzo de 1972, que no contempla nuestro Derecho, pues ninguna autoridad del Estado está investida de tal potestad.

**Aspectos constitucionales.**—La interpretación del artículo 80 CC conforme a los principios constitucionales ha de centrarse partiendo de respetar la Jurisdicción eclesiástica, en cuanto actúa con sujeción a sus propias normas, no resulta permitido entrar en el tema de desautorizar la resolución pontificia, pues ello supondría intromisión, y sí únicamente estimarla ajustada o no a la legalidad estatal, lo que no representa que concurra una precisa, literal y férrea identidad entre las causas de disolución canónica y las civiles, en base a que el artículo 73 CC no contempla expresamente la inconsumación matrimonial; la necesaria identidad total de causas, o de coincidencias en concreto, ha de ser inmediatamente rechazada, pues no cabe imponer, conforme a los tratados vigentes, que la Iglesia Católica haya de acomodar su normativa a actos jurídicos a la nuestra positiva; a su vez, resultarían inaplicables las dispensas de matrimonio rato y no consumado, dejando en el vacío y en parte ineficaz el artículo 80 CC, así como inviable el Acuerdo de 1979, que de esta manera no sería debidamente cumplido ni respetado, y supondría siempre llevar a cabo juicio de revisión del fondo de la resolución pontificia, a cargo de la Jurisdicción civil, lo que no procede.

**Libertad religiosa y de conciencia: opción por la forma religiosa en el momento extintivo del vínculo: mala fe o fraude a cargo del Estado.**—Resulta más adecuada y conforme al sentido de los preceptos y tratados bilaterales vigentes, que no sólo se proceda a la comprobación de los requisitos formales del artículo 954 LEC, sino que se alcance como positivos los controles de forma, de modo que se produzca la licitud de la resolución a homologar, que hay que referir necesariamente a que la nulidad matrimonial decretada eclesiásticamente no se presenta como plenamente desajustada para generar un rechazo total, sino que exige determinar si viola o no el orden público interno para denegar la homologación; para ello ha de tenerse en cuenta la libertad religiosa y de cultos que consagra el artículo 16 CE, coincidente con el artículo 18 de la Declaración Universal de 1948, resultando acomodado al orden público interno la celebración de matrimonio canónico, que los artículos 49 y 60 CC prevén reconocimiento de efectos civiles, y consiguiente reenvío a las normas canónicas, de donde deriva que los particulares que en uso de su libertad de conciencia acceden libre y conjuntamente a dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la voluntad respetada de los cónyuges para optar por la forma religiosa se proyecte también al momento de extinción del matrimonio, cuando es decretado con las debidas garantías y formalidades por la autoridad religiosa competente para ello, sin que la voluntad del legislador deba ser obstativa y tenga que imponerse necesariamente para anular la de los contrayentes, cuando no resulta incidencia constatada en el orden público interno, ni choca frontalmente contra los principios generales de nuestro orde-

namiento jurídico; entenderlo de otro modo llevaría a tener que remontarse a situaciones de mala fe o de fraude a cargo del Estado, al hacer inoperante el Acuerdo con la Santa Sede en los supuestos de matrimonio rato y no consumado. (STS de 23 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—Sabido es que la exégesis del artículo 80 CC, tal como fue redactado por la reforma de 1981, vino a ser el *punctum ardens* de la nueva normativa, al tiempo que constituye la piedra de toque para calificar—en términos clásicos— el sistema matrimonial postconstitucional. La S que ahora se anota ofrece un alto valor interpretativo, no sólo en el caso debatido, sino que ha profundizado en la *ratio* del artículo 80 CC con una riqueza de argumentos pocas veces exhibida en la doctrina jurisprudencial. En precisa y medida argumentación, encajada en apenas dos fundamentos de Derecho, la S (Pte. Villagómez Rodil) aplica un método realista que trata de buscar un punto de conexión entre dos ordenamientos independientes, no subordinados, y que habían acudido a la vía habitual de pactar sobre intereses comunes. El *thema decidendi* es claramente paradigmático, pues si las causas de nulidad fueron elaboradas por la doctrina canónica medieval y de aquí ha sido utilizada por las legislaciones civiles, por lo cual existe una *doctrina común*, la disolución por matrimonio rato y no consumado, quizá por las dificultades de manejo por los juristas seculares, no ha sido recibido por la legislación estatal. Para algunos autores, tales dificultades vendrían a ser la *prueba del nueve* de la imposibilidad de aplicar el artículo 80 CC. La S cumple una indiscutible función pedagógica, adoctrinando a los operadores jurídicos acerca de tener en cuenta el principio de economía, y que si alguno de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto (art. 1284 CC). Colateralmente viene a sentarse una interesante doctrina sobre el sistema matrimonial.

Reconocer eficacia civil a las dispensas canónicas *super ratum* obliga a entender el *ajuste* en un sentido no equivalente al ordenamiento estatal. Por ello, sin abandonar las exigencias constitucionales ni el pleno respeto al orden público matrimonial, la S se orienta hacia una vía posibilista que ofrezca una razonable efectividad práctica al Acuerdo de 1979. Me parece muy acertado invocar la libertad religiosa y de culto, ya que el sistema matrimonial no puede verse como una graciosa concesión del Estado, sino como algo enraizado en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Toda pareja tiene un derecho a configurar su familia conforme a sus convicciones más íntimas; y el Estado se ha comprometido a respetar la opción puramente civil o religiosa (en sus diversas modalidades). La posición especial del matrimonio canónico permite que el Estado llegue a reconocer la libertad de los cónyuges en el momento extintivo, lo que explica el artículo 80 CC. (Por cierto, que la S recoge opiniones expuestas anteriormente por De Pablo Contreras: *Constitución democrática y pluralismo matrimonial*, Pamplona 1985, pp. 174 ss.)

En el FD 3.º se rechazan otros argumentos del marido recurrente—cuyos sucesivos recursos había logrado detener la ejecución de la dispensa canónica durante ocho años— referentes a la reducción de las garantías en el procedimiento canónico, declarando tajantemente que

*el recurrente contó con todos los medios de defensa para rebatir la pretensión de la oponente; en cuanto a la revisión en proceso civil de las causas canónicas de disolución matrimonial, no lo autoriza ni el texto ni el sentido del artículo 80 CC, y en otro caso supondría cercenar la libertad religiosa que establece el artículo 16 CE, y apartarse del cooperativismo y mutua asistencia que establece el Acuerdo de 1979. (G. G. C.)*

**50. Separación matrimonial: liquidación de la sociedad de gananciales: atribución de la vivienda familiar de protección oficial: incongruencia de la sentencia que decreta la descalificación.**—La S recurrida ha incurrido en incongruencia al introducir el factor de que por las partes se proceda a la previa descalificación mediante los anticipos correspondientes al organismo oficial, para después enajenarla o determinar el valor de mercado de la misma, por cuanto que ninguna de las partes planteó dicha petición, ya que, sin perjuicio de razones de equidad que se exponen para tal decisión, se impone a la parte una evidente prestación personal, un *facere*, no planteado en el litigio, lo que constituye incongruencia por razón de la materia o por consideraciones cualitativas o *extra petita*.

**Régimen aplicable a la liquidación: especial referencia al régimen de partición y liquidación de la herencia.**—No sólo han de aplicarse razones de equidad sino diversos preceptos del régimen de gananciales, como los artículos 1344, 1404 y 1406, sino por remisión del 1410 lo dispuesto en los artículos 1051 y siguientes, entre los que sobresalen los artículos 1061 y 1062. En consecuencia, la petición de la esposa de que se le adjudique la propiedad de la vivienda, compensando al marido con base en el precio oficial de la misma, vulnera a todas luces el específico módulo de igualdad del artículo 1061, siendo superfluo resaltar que por razones de mercado el valor real de la vivienda es muy superior al que postula la actora.

**Prohibición de sobreprecio.**—Los artículos 28 y 29 del Real Decreto de 1976 sobre Viviendas de Protección Oficial prohíben expresamente el percibo de cualquier sobreprecio sobre el máximo legalmente fijado, pero esta prohibición no se vulnera cuando no se trata de vender la vivienda, sino de computar su valor a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen ese criterio legal de igualdad.

**Proindiviso de la vivienda familiar: acción de división: indemnidad del derecho de uso judicialmente atribuido con carácter temporal a uno de los cónyuges.**—Es aplicable la doctrina establecida en S de 14 de julio de 1994, en cuestión análoga, según la cual el derecho divisorio subsigue a la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por los artículos 90 y siguientes CC, conforme a los cuales, en defecto de acuerdo de las partes, aprobado por el Juez, se asignará el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario que a ella corresponde, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan, y esta prescripción, cualquiera sea la ulterior vicisitud que padezca esa vivienda, habrá de quedar debidamente garantizada, so pena de vaciar de imperatividad ejecutoria lo así fijado judicialmente; en consecuencia, aun cuando se reconozca la *actio communi dividundo* y se proceda incluso a la ejecución divisoria de lo así acordado, en caso alguno, ello puede afectar ni erosionar el mantenimiento del derecho

reconocido en tutela de la situación familiar devenida tras la separación de los cónyuges. (STS de 16 de diciembre de 1995; ha lugar en parte.)

NOTA.—Un caso interesante que enriquece la abundante problemática planteada por el régimen de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial. Aquí el elemento *distorsionante* está constituido por tratarse de una V. P. O. sujeta a precio tasado. La mujer pretende que se le adjudique la vivienda previo abono al marido del 50 por 100 del precio oficial. La Audiencia había ordenado una no pedida descalificación de la vivienda. La STS (Pte. Martínez Calcerrada) hace dos declaraciones, a mi juicio importantes y acertadas. La prohibición de sobreprecio no rige cuando se trata de valorar las participaciones de los cónyuges en la vivienda familiar, pues, de lo contrario, se produciría un lesivo enriquecimiento injusto. Todavía tiene mayor alcance la declaración de indemnidad del derecho de uso judicialmente otorgado a uno de los cónyuges, en caso de que el titular del dominio ejercite la acción de división. Ambas declaraciones, a mi juicio, son plenamente de aprobar. (G. G. C.)

**51. Filiación. Equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales con la promulgación de la Constitución de 1978.**—Señala el Tribunal que «con la promulgación de la Constitución quedaron iguales ante la ley los hijos matrimoniales, antes llamados legítimos, y los extramatrimoniales, que si eran ilegítimos no tenían otro derecho que el de alimentos, a tenor del artículo 139 y, por tanto, este derecho se extinguía con la muerte del alimentante; y los entonces llamados naturales que sólo en los supuestos del artículo 137 podrían reclamar su filiación tras la muerte del padre. El régimen de filiación en el CC fue modificado por la Constitución. Para adaptar el Código a la Norma Suprema, se promulgó la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, y su disposición transitoria séptima establece que las nuevas acciones de filiación que se otorgan a todos los hijos, sin excepción, se aplicarán a partir de la entrada en vigor de esta ley. De su texto surgió la duda sobre el régimen de filiación aplicable al período intermedio entre la vigencia de la Constitución y la Ley de 1981, duda que se dispo ya en la STC de 20 de diciembre de 1982, que entendió que la disposición derogatoria tercera dio fin al régimen desigual CC, de acuerdo con los artículos de la Constitución (arts. 39 y 14).

El TS, en sentencia de 10 de febrero de 1986, aplicó el mismo criterio y es pacífica en la actualidad la afirmación que la referencia a la ley, hecha por la disposición transitoria, lo es al bloque de normas, incluida la Constitución. En consecuencia, entre la entrada en vigor de la Constitución y la modificación del CC, los hijos, todos, tienen las mismas acciones para hacer constar su filiación, y durante toda su vida, como establecía el viejo artículo 118 y el actual 133».

**Aplicación a la sucesión de la ley vigente a la muerte del causante.**—La Sala, partiendo de que la sucesión se abre con la muerte de las personas, pues desde ese momento (art. 657 CC) se transmiten los derechos, y desde ese momento los herederos suceden al difunto (art. 661), incluso adquieren la posesión civilísima (art. 440), señala que la sucesión se rige, en consecuencia con la ley vigente, en el momento de la muerte del causante como ha reconocido el Tribunal en multitud de sentencias anteriores a la Constitución y en sentencias posteriores (*vide*. SSTS de 10 de noviembre de 1987, 13 de febrero y 26 de diciembre de 1990).

De acuerdo con esto, entiende la Sala que «muerto el causante antes de la Constitución, la cuestión no tiene duda, su sucesión se rige por el derecho anterior. Y tal régimen no puede ser alterado por la Ley de 1981, que si en orden a las acciones de filiación permite a los hijos extramatrimoniales ejercitarlas durante toda la vida, en igualdad de condiciones con los matrimoniales, nada tiene ello que ver con los derechos hereditarios. Éstos se rigen por el derecho vigente a la muerte del causante, así lo acepta la transitoria octava y a ella no le es predicable el criterio de la STC, que sólo decidió sobre acciones de filiación, no sobre derechos hereditarios. Respecto a aquéllas, impidió que se mantuvieran discriminaciones, pero respecto a éstos, es evidente que no cabe aplicación retroactiva que incida en sucesiones abiertas producidas y agotadas, pues ello conculca los artículos citados y el 807 CC». (STS de 28 de julio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Don José González Galisteo, doña María Jesús, don Manuel y don José Mérida Ruiz interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía siendo parte demandada doña Margarita Lozano Morales, solicitando que se declare que los actores son hijos extramatrimoniales de don José Lozano López, que al haberse olvidado a estos hijos extramatrimoniales en el testamento de su padre extramatrimonial, es nula y totalmente inválida por preterición la institución de heredero a favor de doña Margarita Morales Ocampos, reconocida en dicho testamento como hija ilegítima del testador, y, por último, se resuelva que, al no existir institución de herederos, procede abrir la sucesión intestada, declarando herederos *abintestato* de don José Lozano López a sus hijos extramatrimoniales, doña Margarita Lozano Morales (antes Margarita Morales Ocampos) y a los cuatro actores, anulando todas las inscripciones subsiguientes a la partición de herencia de don José Lozano López, y condenando a la demandada a devolver a la masa hereditaria los bienes que hubiese recibido como consecuencia de su carácter de heredera universal.

La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia declarando la filiación extramatrimonial de los actores y el derecho a la parte proporcional de la legítima estricta a cada uno de los hijos preteridos. Interpuesto recurso de apelación por doña Margarita Lozano Morales, la Audiencia Provincial de Sevilla confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El TS declara haber lugar al recurso. (O. M. B.)

**52. Filiación extramatrimonial: reconocimiento de paternidad: indicios o pruebas indirectas: negativa a colaborar con la justicia.**—A juicio de esta Sala merecen credibilidad las declaraciones testificales que ponen de relieve el carácter amoroso y relativamente estable durante un periodo de tiempo precedente al nacimiento del hijo, de las relaciones que existieron entre el demandante y la codemandada, periodo de tiempo que pudo permitir la concepción del hijo; asimismo, las manifestaciones de la madre ante testigos sobre la paternidad del hijo, coincidentes con la petición del actor; a la hora de valorar estos testimonios, conforme a las reglas de la sana crítica, no pueden excusar su importancia so pretexto de parentesco o de la amistad con las partes, pues este es el sentido que se desprende de la suavización de las *inhabilitaciones* para ser testigo, del último párrafo del artículo 1247 CC en relación con la prueba del nacimiento o con hechos íntimos de la familia que no sea posible justificar con otros medios; y la convicción que produce esta prueba testifical se refleja con el contenido de la carta, adjuntada con la demanda

que, aun cuando no fue formalmente reconocida, ni cotejada con la letra auténtica, por la actitud obstruccionista de la demandada, constituye un valioso indicio que corrobora la habitualidad de las relaciones sexuales entre la pareja en aquella época; estos documentos probatorios, junto con la infundada negativa a la práctica de las pruebas biológicas (negativa corroborada por la incomparecencia tras la doble citación a confesar, que también supone un indicio), permiten, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de esta Sala, apoyar la convicción adquirida por este Tribunal acerca de la paternidad verdadera del hijo, convicción que, dada la actitud de los demandados, no puede más que sustentarse en pruebas indirectas, con todos los riesgos que ello comporta, pero también con toda la certidumbre que, según el recto criterio humano, resulta exigible; la valoración, en este orden, de la referida negativa resulta de numerosas SS de esta Sala, pues entraña un vehemente indicio de prueba que unido a las demás pruebas practicadas, de las que se desprende que hubo unión carnal apta para fecundar, lleva al órgano jurisdiccional a la convicción de que tal fecundación se produjo.

**Deficiencias de los procesos de filiación.**—La situación de penuria de los procesos de filiación no fue remediada por la Ley de 13 de mayo de 1981, pese a la plausible innovación que supuso, entre otros extremos, la introducción y el reconocimiento del principio de investigación de la paternidad; se carece de un proceso civil, con componentes de intervención oficial y no dominado exclusivamente por la voluntad de las partes, lo que tiene grave trascendencia para cuestiones que afectan al orden y constitución de la sociedad, del que la familia es *caput et fundamentum*, lo que destaca el interés público subyacente superior al de los litigios meramente privados, de donde deriva la conveniencia de establecer las peculiaridades de los principios que deben seguir el conocimiento procesal de los asuntos, las facultades y deberes reforzados del órgano jurisdiccional y la posición de las partes, sobre todo en relación con la aportación de hechos y respecto de las pruebas y su valoración, así como los actos dispositivos; carencias que incrementan las dificultades que en tales procesos se suscitan.

**Falta de colaboración procesal de los demandados.**—Se manifiesta expresamente en el escrito dirigido al Juzgado en el que dicen que no acudirán a absolver posiciones, ni se someterán a las pruebas periciales caligráficas, ni biológico-genéticas, ni reconocerán documentos, ni formularán repreguntas a los testigos, bajo la excusa de negar legitimación activa al demandante, que afirma su condición de progenitor del menor, cuya filiación extramatrimonial, frente a la matrimonial, se reclama, excepción desestimada tanto en primera como en segunda instancia. Esta actitud obstruccionista de los demandados infringió el artículo 118 CE en cuanto manda a los ciudadanos que presten la colaboración requerida por los órganos jurisdiccionales en el curso del proceso, y esta colaboración se niega si no se facilita la investigación de la paternidad, principio también con rango constitucional.

**Falta de solicitud de recibimiento a prueba en segunda instancia: innecesariedad: actos propios.**—Ninguna necesidad habría de solicitar otra vez el recibimiento a prueba, puesto que el rotundo y claro anuncio de la conducta que al respecto siguieron con toda meticulosidad los demandados y recurridos, excusaba por inútil una nueva petición, dado que el proceso no es un juego, y mucho menos los que tienen un objeto como el presente, que permita a las partes a su arbitrio, y con olvido del principio de buena fe, actuaciones contradictorias, en pugna con el más elemental respeto al principio de los propios actos; la repeti-

ción de las pruebas tiene sentido cuando por causas justificadas, o dificultades surgidas para su práctica, no pudieron efectuarse, pero no cuando se ha manifestado una voluntad renuente a prestar la colaboración requerida, en cuyo caso la prueba debe tenerse por celebrada, aunque hay que valorar consecuentemente la conducta procesal de la parte; así, según el artículo 608.4.º LEC, la negativa a formar un cuerpo de escritura para el cotejo de letras permite que se pueda tener por confesa a la parte en el reconocimiento del documento impugnado, y el artículo 593 LEC permite tener por confeso en la sentencia definitiva a la segunda incomparecencia sin justa causa para confesar o si se rehúsa la declaración; en cuanto a la incomparecencia para practicar las pruebas biológicas, si bien la ley no previene una segunda citación, la conducta de los incomparecientes puede valorarse negativamente según la jurisprudencia.

**Verdad material y verdad formal.**—No se trata, en el caso que se examina, de suplir con nuevos formalismos, los formalismos en que incurre la sentencia al estimar que, como el recurrente no volvió a solicitar el recibimiento a prueba en la alzada, ha dejado sin elementos de juicio suficientes al órgano jurisdiccional, alegando también el recurrido que, al no haber solicitado otra vez el recibimiento a prueba, no se acredita cuál hubiera sido la conducta que hubiera seguido en esa hipótesis, sino que, al imperar el principio de verdad material sobre el de verdad formal, la valoración de las pruebas no cabe que se haga en función de criterios de predeterminación legal, y ni siquiera el *onus probandi* ha de observarse con criterios de automatismo en su distribución.

**Ejercicio antisocial del derecho de defensa.**—El derecho de defensa, ínsito en el derecho a la jurisdicción del artículo 24 CE, no es un derecho ilimitado que justifique cualquier conducta, sino que su ejercicio ha de estar contenido dentro de unos límites normales, cuyo alcance depende de la naturaleza del proceso en que tal derecho se ejercite; en los procesos de filiación el ejercicio del derecho ha de tender a favorecer el descubrimiento de la verdad, sin que quepa sobrepasar manifiestamente sus límites con actos u omisiones, como la negativa total a cooperar con el buen fin de las pruebas propuestas, admitidas y declaradas pertinentes por la autoridad judicial, en perjuicio, según los términos objetivos de la ley y al margen de respetables sentimientos, del menor cuya paternidad se reclama. (STS de 28 de noviembre de 1995; ha lugar.)

NOTA.—Conocida es la proclividad actual de la Sala Primera en favor de la filiación extramatrimonial, y la generosidad con que interpreta el artículo 135 en relación con las pruebas indirectas. Lo novedoso es que, si bien tal doctrina jurisprudencial ha venido beneficiando a la madre, en el caso resuelto por la S anotada, resulta favorecido el padre. Supuesto de algún modo paradigmático, además por las circunstancias concurrentes, ya que el matrimonio demandado que tenían al hijo por matrimonial (no se aclara bajo qué condiciones) adoptan *ab initio* una clara actitud de no colaborar procesalmente con el actor en el desarrollo del mismo.

Debe advertirse que, pese a la trascendencia de la S anotada (ambas decisiones de instancia habían desestimado la acción de reclamación de la filiación no matrimonial) y la trascendencia de la doctrina sentada frente a una calculada posición procesal de los demandados que conduce a estimar el recurso con base en indicios no siempre consistentes, hay que sentar previamente una incompleta descripción del supuesto de



hecho. La reclamación de paternidad extramatrimonial requiere impugnar la filiación matrimonial de que goza el hijo, con evidente posesión de estado; pero no se aclara si se está en presencia de una matrimonialidad sobrevenida *ex artículo 119* (antigua legitimación *per subsequens matrimonium*), o si se dio el supuesto del artículo 117.

*Verdad material frente a verdad social.* Podría decirse que el amante despedido no tiene escrúpulo en alterar la paz de una familia regularmente constituida (tampoco se nos dice el tiempo durante el cual el menor ha gozado de la posesión de estado de hijo legítimo). Lo que ocurre es que el TS da la razón a aquél. ¿Con apoyo en el CC? Personalmente abrigo dudas, porque el artículo 132.1 parece excluir al presunto padre de la acción de reclamación no habiendo posesión de estado, y, de modo general, porque, si bien la ley de 1981 ha pretendido acercar la verdad oficial a la real, ello no deja de ser una aspiración que la propia ley impide en algunos casos.

También hay fisuras en la argumentación del TS (Pte. Almagro Nosete). La *suavización* de las inhabilitaciones para ser testigos, contenidas en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 1247 CC, no afecta a las declaraciones testificales de terceros no parientes, a que parece referirse el 6.º FD de la S. La inadecuación del procedimiento vigente en procesos sobre el estado civil no autoriza al TS a convertirse en legislador, estableciendo otras normas procesales. Por otra parte, el órgano jurisdiccional hubo de vérselas con la inhabitual postura de los demandados. Lo frecuente es desarrollar una actividad normal y, en todo caso, negarse a someterse a las pruebas biológicas. También cabría imaginar una mera actitud de silencio (no contestar, o limitarse a oponerse a la demanda sin proponer prueba y no comparecer a la que proponga el adversario), o simplemente, no comparecer y declararse en rebeldía. En el presente caso, invocando falta de legitimación activa del actor, hacen una declaración de no colaborar de ninguna forma en el proceso; así no comparece a reconocer la firma, ni forma un cuerpo de escritura que permita la pericial caligráfica, no está presente en ninguna clase de pruebas y, por supuesto, se niegan a la práctica de las pruebas biológicas. Aunque logran su intento tanto en primera como en segunda instancia, fracasan en casación, porque en definitiva es *actitud testimonial suicida*.

La S estimatoria se funda: en pruebas testificales sobre el carácter amoroso y relativamente estable de las relaciones entre actor y codemandada, durante un periodo de tiempo que pudo permitir *la concepción del hijo; en supuestas declaraciones de la madre ante testigos sobre la paternidad del hijo*; la existencia de una carta, no formalmente reconocida, ni cotejada con letra auténtica, de la que sorprende diga la S que *corroboraba la habitualidad de las relaciones sexuales entre la pareja en la época de la concepción del hijo*; la negativa a someterse a pruebas biológicas. Así se apoya la *convicción de la Sala, basada en pruebas indirectas*, con todos los riesgos que ello comporta (reconoce la S), pero también con toda la certidumbre que según el recto criterio humano, resulta exigible.

Pienso que la doctrina de esta S merece análisis en profundidad, sustantivos y procesales. Mientras tanto, quede constancia de las reservas que me suscita. (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**53. Capacidad para testar: presunción *iuris tantum*.**—La doctrina jurisprudencial deduce de los artículos 662, 663, 666, 685 y 695 CC la presunción de que «toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas del raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti*».

Pero la citada presunción tiene un valor *iuris tantum*, pues la apreciación de la capacidad del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a los Tribunales de instancia y así se ha establecido entre otras en las SS de 8 de mayo de 1909, 24 de noviembre de 1933, 10 de abril de 1944 y 9 de abril de 1948. En efecto, ni «la declaración de los Facultativos, ni el juicio que formase el Notario y los testigos del estado mental del testador impiden que el Tribunal, por las pruebas suministradas, pueda declarar la incapacidad de aquél» (SS de 7 de junio de 1893 y de 1 de junio de 1901).

**La expresión «cabal juicio» del artículo 663.2.º CC.**—La expresión citada «no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental».

**La valoración de la capacidad de testamentificación por el Notario.**—«La aseveración notarial de la capacidad de testamentificación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario. (SSTS de 21 de junio de 1986, 10 de abril 1987, 26 de septiembre de 1988, 13 de octubre de 1990). (ST de 27 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña G. A. A. otorgó, ante Notario hábil, el 16 de septiembre de 1982, un testamento abierto, en el que nombraba heredero a uno de sus hermanos y revocaba un testamento anterior, en el que había instituido a sus otros hermanos y sobrinos. Los familiares excluidos formularon demanda judicial, en la que solicitaron que se declarase la nulidad del testamento, la nulidad de las operaciones de adjudicación de la herencia y la cancelación de todas las inscripciones registrales practicadas, fundamentando su pretensión en la falta de capacidad de testar de doña G. A. A. Admitida la demanda, el heredero demandado se opuso a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, estimando la demanda en todos sus pedimentos. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la confirmó íntegramente. Interpuesto recurso de casación, el TS lo desestimó.

**NOTA.**—La capacidad para testar es más amplia que la capacidad requerida para realizar otros negocios jurídicos. En efecto, como se señala en la S que nos ocupa, es admitido por la Jurisprudencia que basta con que el testador se encuentre en «su cabal juicio», artículo 663 CC, y que no sea menor de catorce años, salvo en el testamento ológrafo, para que opere la presunción *iuris tantum* de capacidad. Pero hemos de precisar

que la sentencia anotada, al valorar el juicio que sobre la capacidad del testador realizó el Notario otorgante, parte del artículo 685 CC en su redacción anterior a la reforma de la Ley de 20 de diciembre de 1991. Y ello no podía ser de otra forma a raíz de la propia Ley citada (disposición transitoria única) y del principio que en materia de retroactividad impera en nuestro ordenamiento. No obstante, hemos de dejar constancia de que el artículo 685 CC ha sido modificado por la Ley de 1991 en el sentido de sustituir la mención de que el notario «procurará ... asegurarse de que a su juicio tiene el testador la capacidad necesaria para testar», por «deberá... asegurarse». Esta reforma debe llevarnos a exigir al Notario una aseveración de la capacidad del testador con una certeza absoluta. Esta conclusión se desprende *sensu contrario* de la STS de 23 de marzo de 1940, numerosamente citada en SS de nuestro Alto Tribunal, en la que se establece que «la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudo formar el notario... sobre dicha capacidad en el acto del otorgamiento conforme resulta de la misma dicción CC, que en su segunda edición sustituyó la expresión “deberá asegurarse” por la de “procurará asegurarse”, que no exige aseveración de capacidad con absoluta certeza».

Hubiese sido deseable para evitar equívocos de interpretación del artículo 685 que en la S presente se hubiese dejado claro que «respecto a los artículos 665 y 685 ha de estarse a su redacción anterior a la reforma de 20 de diciembre de 1991», como así se hizo en la STS de 26 abril de 1995, en su FD primero.

Finalmente, resulta significativa la acepción que del término *desheredación* se utiliza en esta sentencia (FD tercero). En efecto, se emplea refiriéndolo a herederos no legitimarios a los que sin embargo les podría corresponder la herencia por sucesión intestada (hermanos y sobrinos). (S. A. R.)

## DERECHO MERCANTIL

**54. Contrato de agencia y de distribución en exclusiva: notas diferenciadoras.**—El TS procede a una recalificación jurídica del contrato controvertido como contrato de concesión con exclusiva, habida cuenta de la calificación emitida por el Tribunal de Instancia como contrato de agencia, subrayando cuáles son las notas que individualizan ambas figuras: en primer lugar, «que así como el contrato de agencia —arts. 1 y 3 de la Ley de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia de 27 de mayo de 1992, núm. 12/1992— tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente ... »; en segundo lugar, mientras en el contrato de agencia la independencia es básica —art. 2—, cuando el concesionario «no puede organizar su actividad profesional... conforme a sus propios criterios, pues el concedente se lo ha impuesto», entonces la concesión no es agencia.

**Contrato de adhesión.**—No podemos entender que nos encontramos ante dicha clase de contratos por el mero dato formal de que el contrato en cuestión haya sido redactado por el concedente, puesto que se trata de una relación marca-

damente individual y no de «una serie numerosa de usuarios que han de soportar unas imposiciones unilaterales integradas por la voluntad de la empresa dispensadora de indispensables servicios».

**Resolución por incumplimiento.**—La empresa concesionaria procede a la resolución sin indemnización merced a las facultades resolutorias recíprocas de las partes contratantes convenidas en una cláusula contractual. El incumplimiento se configura como la no obtención de unos determinados objetivos previstos expresamente por las partes en el contrato.

**Voluntad deliberadamente rebelde.**—El TS mantiene al respecto la misma doctrina que en otros pronunciamientos anteriores, entendiéndose que la voluntad de incumplir se puede revelar por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, «pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión “voluntad deliberadamente rebelde”, que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz resistencia obstativa al cumplimiento (SS de 31 de mayo y de 13 de noviembre de 1985)». (STS de 8 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad mercantil C, S. A., fabricante de piensos, celebró con don L. B. P. el día 1 de septiembre de 1989 un contrato de distribución en exclusiva, en el que se establecía que si no se alcanzaban los objetivos de venta establecidos en el contrato durante tres meses consecutivos, se habilitaba para la resolución del mismo y sin indemnización. C, S. A., resuelve el contrato el 28 de febrero de 1990 al no obtenerse dichas ventas y es demandada en Primera Instancia por incumplimiento de contrato de agencia por tiempo determinado y reclamando las indemnizaciones por falta de aviso, clientela, así como inversiones no amortizadas y despidos.

Formulada demanda de reconvencción por C, S. A., declarando ajustada a derecho y al contrato suscrito la resolución del mismo y sin ninguna indemnización, el Juez de Primera Instancia desestima la demanda y estima en su integridad la reconvencción. La S fue recurrida en apelación por la representación de don L. B. P. y desestimada en su integridad por la Audiencia Provincial. El TS igualmente desestima el recurso interpuesto.

**NOTA.**—En la S que nos ocupa, el TS viene a reiterar su doctrina con respecto a dos aspectos de la resolución de los contratos de distribución en exclusiva y de los contratos sinalagmáticos, en general: en primer lugar, mantiene la posible resolución unilateral de estos contratos (STS de 23 de julio de 1993 y las en ella mencionadas); buscando la objetivación del incumplimiento resolutorio declara, en segundo lugar, como jurisprudencia de la Sala y abandonando la reiteradísima jurisprudencia mantenida anteriormente, que es suficiente la frustración del fin del contrato, sin que sea necesario exigir la «voluntad deliberadamente rebelde» del contratante incumplidor.

En virtud de la autonomía de la voluntad que asiste a los contratantes, éstos fijaron en el contrato cuándo se entenderá que se ha producido el incumplimiento así como la no indemnización del mismo. La falta de obtención del resultado es entendida por el TS como justa causa de resolución del contrato (en igual sentido, la S de 23 de julio de 1993). (R. D. O.)

**55. Contrato de cuenta corriente. Carácter atípico.**—«Dentro de los hoy llamados contratos “bancarios” [...] el contrato de cuenta corriente es en el Derecho español una figura atípica, que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado “Servicio de Caja”, encuadrable en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión» (FD 3.º, apart. 1.º).

**Cuentas bancarias indistintas. Atribución dominical. No se presume.**—«No cabe presunción ni de titularidad dominical, ni de atribución por mitades o partes iguales, pues ello se relega a la prueba dentro de las relaciones internas entre los titulares bancarios» (FD 3.º, apartado 3.º). (STS de 19 de diciembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—«D. E. F. de L. falleció [...] el día 26 de abril de 1989 bajo testamento otorgado ante Notario el día 25 de abril de 1989, acreditando la cualidad de heredero a (su hermana) la demandante doña E. F. de L. (y a sus otros cuatro hermanos) entre quienes reparte los bienes inmuebles que tenía en su propiedad.

Pero además [...] tenía una serie de cuentas bancarias [...] que dona a su sobrino [...] el mismo día en que otorgó testamento, donación que realiza verbalmente y que (tres de los cinco hermanos) reconocen como válida.» (L. F. L.)

**56. El procedimiento del artículo 38 LCS sólo es aplicable cuando es la cuantía de indemnización la cuestión debatida.**—Es doctrina jurisprudencialmente aceptada que el procedimiento de determinación pericial de la cuantía de indemnización del artículo 38 LCS sirve a efectos de darle celeridad a la fijación cuantitativa de los siniestros producidos, no teniendo cabida entonces en aquellos siniestros en los que la cuestión debatida o planteada no es la del montante de la indemnización, sino la procedencia o improcedencia de la misma. Por lo tanto, la negativa a la cobertura del siniestro, por entender que el mismo fue provocado, no permite la aplicación de los trámites regulados en el cuestionado artículo que servirá únicamente para aquellos siniestros en los que las partes no se pongan de acuerdo en el importe y la forma de la indemnización.

**La presunción como medio probatorio.**—No cabe censura a la resolución del Tribunal en base a su convicción integrada con el medio probatorio de sus presunciones.

La valoración hecha por el Tribunal de instancia de que al no haberse podido determinar cómo se originó el incendio resulta obligado presumir que fue fortuito, no es condenable, en cuanto que el dolo en ningún caso se presume y que la presunción constitucional de inocencia opera en todas las ramas del ordenamiento, asimismo, como también en el ordenamiento jurídico civil debe presumirse buena fe. En este sentido, el ejercicio del derecho probatorio de presunciones hecho por el Tribunal no puede encajarse con el regulado por los artículos 1214, 1218, 1232 y 1249 ss. CC, de los que se alega como vulnerados en cuanto a valoración de la prueba.

Tampoco, entiende el TS, se puede presumir dolo o culpa grave a la hora de no haber proporcionado la parte demandante toda clase de información sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, que supondría, como establece el artículo 16 LCS, la pérdida del asegurado del derecho a la indemnización, en cuanto que el dolo y culpa grave, como reiteradamente ha manifestado, no cabe presumirlos, sino que deben quedar probados, no habiéndolo sido en el supuesto de referencia.

**Los intereses del artículo 20 LCS empezarán a generarse a raíz de que se determine la existencia de un derecho a ser indemnizado.**—El recargo del 20 por 100 anual que nace legalmente del artículo 20 LCS no se puede considerar generado antes de la sentencia de casación, en la que se concreta el reconocimiento definitivo de la indemnización cuantificada y liquidada. Hasta el fallo de la sentencia en casación, existía litigio entre las partes sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización, lo que conduce a la Sala a argumentar que no cabrá imponer ni tan siquiera un recargo a las aseguradoras sobre un importe mínimo que exige abonar según el artículo 18 LCS, de una cantidad de la que aún no se había fijado su existencia. Como acertadamente declara el Tribunal «... en definitiva, concurre una controversia que ha de resolver si efectivamente por parte de la aseguradora ha existido o no existe responsabilidad para su cobertura es evidente que hasta que ello no se constate no podrá indicarse que acontezca la mora por parte del asegurador y del efecto agravatorio del recargo.» (STS de 4 de septiembre de 1995.)

HECHOS.—Don J. V. L. presenta demanda contra las aseguradoras: «Sociedad Catalana Occidente, Cía., S. A.»; «Lepanto, S. A.»; «Comercial Unión Assurance Company Plc.»; «Banco Vitalicio de España»; «Centro Hispano de Aseguradores y Reaseguradores 1879, S. A.»; «C. H. A. S. Y. R. 1879»; «Royal Insurance Public Limited Company»; «Mutua de Seguros Sabadell»; «Aurora Polar S. A.»; «Unión Popular de Seguros», y «Plus Ultra», en reclamación de los daños ocasionados por incendio en el edificio donde se situaba el negocio. El Juzgado de Primera Instancia falló desestimando el *petitum* del demandante. Don J. V. L. interpuso recurso de apelación, estimándose parcialmente y condenando a las aseguradoras al pago de la cantidad de 38.000.000 más los intereses de 16.990.180. Las partes presentan sendos recursos de casación, siendo estimado parcialmente el interpuesto por las aseguradoras y desestimado en su totalidad el interpuesto por la parte demandante. (E. M. O.)

**57. Patentes. Caducidad.**—La caducidad de una patente de invención por falta de explotación, puede ser evitada bien mediante la puesta en práctica de la misma, bien mediante el ofrecimiento de licencias para su explotación en el Registro de la Propiedad Industrial, dentro del término legal de tres años, de acuerdo con el artículo 97 del Estatuto de la Propiedad Industrial, texto refundido aprobado por Real Decreto-ley de 30 de abril de 1930, que es la normativa aplicable al caso enjuiciado.

**Dies a quo para el cómputo de la caducidad de una patente por falta de explotación.**—El *dies a quo* a partir del cual ha de contarse el referido plazo es el de la notificación de la concesión o, en otro caso, el de la publicación de la misma en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 29 del citado Estatuto de la Propiedad Industrial y en el artículo 83 de la vigente Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986.

**Patente de invención y patente de introducción.**—La demandada, recurrente en casación, alega que al haber solicitado la demandante una patente de invención en Alemania el 22 de julio de 1970, y después en España el 22 de julio de 1971, ésta debía haber pedido y debía haberle sido concedida una patente de introducción, lo cual determinaría que la misma hubiera caducado a los diez años.

El TS desestima el motivo en base a dos consideraciones en primer lugar, que dicho motivo constituye una cuestión totalmente nueva, no planteada ni debatida

en la instancia, cuyo planteamiento *ex novo* está prohibido en casación, al implicar indefensión para la parte contraria, privándola de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa; y, en segundo lugar, porque de acuerdo con los artículos 51 del Estatuto de la Propiedad Industrial y 28 de la vigente Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986, la solicitud de una patente de invención en alguno de los países de la Unión para la Protección de la Propiedad Industrial, no impide que pueda solicitarse la misma patente de invención en otro de los países de dicha Unión, gozando para ello del derecho de prioridad de doce meses, establecido en el artículo 4 del Convenio de la Unión de París. (STS de 12 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con fecha 24 de enero de 1974 se concedió a la demandante una patente de invención, no consta la fecha de notificación, si bien dicha concesión fue publicada en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial* el día 1 de agosto de 1974.

Desde el día 8 de febrero de 1977 hasta el día 10 de septiembre de 1987, la empresa titular de la patente presentó anualmente oferta de licencias.

Entre otros pedimentos, se solicita por la demandante que sea declarada la violación de su patente de invención, y que se condene a la demandada al cese inmediato de la producción y comercialización de los productos elaborados, lesionando su derecho, y que se le indemnice de los daños y perjuicios sufridos por la explotación sin título, ni autorización, de los objetos infractores de dicha patente.

Se desestima la demanda en Primera Instancia, por entender que la patente de invención estaba ya caducada. La Audiencia Provincial de Bilbao estima el recurso interpuesto por la demandante, al considerar que no se había producido la caducidad de la patente. (*M. I. M. P.*)

**58. Modelo de utilidad. Novedad.**—El «requisito de la novedad, doctrina recogida en la Sentencia de 12 de junio de 1986 (implica) “que no puede considerarse como nuevo y, por tanto, protegible” lo que sea de dominio público, “pero sin que esta circunstancia suponga tampoco la imposibilidad de obtener nuevos modelos de utilidad que, aún basándose en otros anteriores, caducados o no, aporten ese beneficio, economía o mejoramiento a que se refiere el artículo 171 del Estatuto”» (FD 3.º).

**Novedad de modelo de utilidad. Vía procesal pertinente.**—«La apreciación de la falta de novedad (es una cuestión de hecho), sólo combatible en casación por el número 7 del artículo 1692 de la Ley riuaria» (FD 3.º). (STS de 13 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

**HECHOS.**—«La entidad mercantil IL, S. A., formuló demanda contra los “Talleres TM, S. L.”, en razón de estimar violados por ésta los derechos derivados de la titularidad registral que ostenta la actora sobre el modelo de utilidad número 266.261 [...] y solicitaba en el suplico de su demanda sentencia en la que se declarase: “a) La cesación inmediata de los actos de violación del derecho de mi representado. b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos. c) La nulidad del modelo de utilidad de que es titular TM, S. L., haciendo publicar dicha nulidad en los registros oportunos”». La demandada alegó por vía de excepción la nulidad total del modelo de utilidad de la actora, frente al propio con número 286.857. El Juzgado de Primera Instancia dicta

sentencia parcialmente estimatoria, declarando la nulidad del modelo de utilidad de la demandada. Confirmada íntegramente en apelación, es recurrida en casación, entre otros motivos, por infracción de los artículos 180.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial y 145 de la Ley de Patentes. La falta de prueba sobre la novedad del modelo declarado nulo en la instancia provoca que no haya lugar a la casación. (L. F. L.)

**59. Acción cambiaria. Intereses.**—Por lo que respecta a «la infracción (que se denuncia) de los artículos 1100, 1101 y 1108 CC en cuanto al pago de intereses [...], las consecuencias que en este aspecto se derivan del principio *in illiquidis non fit mora* han sufrido una importante modificación en la doctrina de esta Sala, introduciéndose importantes matizaciones, especialmente en las deudas dinerarias. En las SS de fechas 5 de abril de 1992, 17 y 18 de febrero y 21 de marzo de 1994, entre otras, se sienta la siguiente doctrina: “[...] la completa satisfacción de los intereses del acreedor exige que se le abonen los intereses (de la deuda reclamada) aun cuando fuese menor de la (suma) por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial”» (FD 3.º). (STS de 9 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—«Se refiere el presente litigio a una reclamación de cantidad efectuada por la entidad B, S. A. frente a don C. V. N. y a don R. V. L. O., ejercitando una acción cambiaria en vía declarativa, derivada de (unas) letras de cambio en la que los demandados habían actuado como avalistas, por un importe global de 13.038.589 pesetas de principal, y otras 7.662 pesetas de gastos de protesto». Se pretende además el pago de los intereses correspondientes desde la fecha del protesto. (L. F. L.)

## DERECHO PROCESAL

**60. Los intereses de la suma a cuyo pago se condena judicialmente comenzarán a devengarse desde la fecha de la sentencia recaída en primera instancia.**—Es doctrina de esta Sala muy reiterada en el sentido de que sólo fue exigible en su exacta cuantía fijada judicialmente cuando la determinó el Tribunal y entonces los intereses sólo pueden reclamarse, en el supuesto contemplado desde la fecha de la sentencia, y no, como se dice, desde la interpelación judicial (SS de 15 de mayo y 1 de octubre de 1991, 11 de febrero y 9 de junio de 1992, 27 de junio de 1993 y otras). Criterio continuado por las sentencias de 27 de febrero de 1994 y 16 de febrero de 1995; sin que pueda dudarse que en el supuesto ahora debatido ha sido preciso un pleito para fijar la cantidad debida lejos de todo automatismo, sin que aparezca enriquecimiento injusto por parte del deudor y fijada en la sentencia de segunda instancia, de carácter declarativo de condena, no meramente declarativa, como en los casos contemplados por las SS de 18 de febrero y 21 de marzo de 1994. (STS de 26 de julio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda sobre la reclamación de cantidad, solicitando el pago de un capital, así como de los intereses de dicho principal y de las costas. Admitida a trámite la demanda, fue contestada por la parte demandada, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime la demanda. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia, por la que estima parcialmente la demanda interpuesta, condenado al pago de una cantidad, más los intereses del mismo desde



el momento de la interpelación judicial, absolviéndole del resto de los pedimentos. Se interpone recurso de apelación, y la Audiencia Provincial de Palencia confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia. Admitido recurso de casación, el TS casa la sentencia dictada en apelación, anulando únicamente el pronunciamiento relativo al pago de los intereses, que comenzarán a devengarse desde la fecha de la sentencia recaída en primera instancia; quedan, por tanto, subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida. (A. I. H. O.)

**61. Necesidad de cumplimentar la condena pecuniaria con los intereses y la fecha de su devengo.**—En la segunda instancia se revocó en parte la sentencia de la primera, al no haber estimado los conceptos indemnizatorios peticionados, sin que la Audiencia hubiera hecho uso del arbitrio que el precepto procesal 921 establece, ni decidir sobre los intereses y fecha de producción de los mismos, con lo cual se ha de casar la sentencia recurrida, por la necesidad de cumplimentar el fallo condenatorio con la integración del abono de los intereses de referencia y fijación de la fecha de su devengo en relación a la suma definitivamente concretada en la segunda instancia y hasta su cumplido pago, conforme ha tenido ocasión de declarar esta Sala en SS de 30 de diciembre de 1991, 12 de noviembre de 1993 y 18 de marzo de 1993, que cita las precedentes de 12 de marzo de 1991 y 11 de febrero de 1992.

**Validez de la sentencia que hace líquida la cantidad indemnizatoria.**—Aunque el artículo 360, en relación al 932, de la Ley Procesal civil autoriza a los Tribunales a fijar las bases con arreglo a las cuales deberá hacerse la liquidación de la cantidad de daños y perjuicios, ello requiere la premisa de haberse producido declaración judicial sobre la efectiva concurrencia de los mismos y su certeza, mediante corroboración probatoria y aceptación por la Sala sentenciadora, lo que no ha sucedido en este caso, como queda explicado, pues se estableció un límite máximo (17.415.601 ptas.), a la indemnización postulada por la entidad que recurre.

**Limitación del alcance probatorio de actas notariales y documentos públicos.**—Las actas notariales, conforme reiterada y mantenida doctrina jurisprudencial (SS de 19 de septiembre de 1987, 20 marzo, 18 y 19 de diciembre de 1991 y 12 de julio de 1993), carecen de toda garantía de contradicción y no acreditan la verdad intrínseca, por lo que no se les otorga carácter de documento literosuficiente y apto para con su apoyo llevar a cabo crítica casacional impugnatoria de la decisión del Tribunal de la instancia. Asimismo, los documentos que puedan reputarse públicos no tienen por sí consideración de prueba en plenitud, para relevar a los Tribunales de apreciación en valoración y relación con los demás instrumentos probatorios aportados, en cuanto a lo que integra su propio contenido, de tal manera que tampoco sirven para enervar la valoración probatoria conjunta del órgano judicial competente, ya que lo único que vincula es la fecha y el hecho del otorgamiento del documento (SS de 12 de febrero de 1991 y 10 de octubre de 1992).

**No cabe apreciar falta de litisconsorcio pasivo necesario en las obligaciones solidarias.**—La solidaridad impide la apreciación de litisconsorcio pasivo necesario, al constituir regla y norma, máxime cuando las responsabilidades, excepto la que se atribuyó a Aguas Municipales de Vitoria-Gasteiz, S. A., no se presentan individualizadas ni suficientemente diferenciadas en relación a darse pluralidad de sujetos (SS de 23 de marzo y 7 de julio de 1986, 11 y 31 de octubre de 1991, 21 de abril y 30 de septiembre 1992).

**Existencia de nexos causal.**—Los recurrentes, por razón de la nueva conducción, debían de haber previsto la posible utilización de la antigua —cuyo abandono para su uso le era obligatorio—; para ello, resultaba como medida más eficaz haber procedido a su inutilización total, mediante la realización de las obras y adopción de las medidas necesarias, lo que no llevaron a cabo y les incumbía, al tratarse de instalación anterior, con lo que dejaron abierta, acusando notoria negligencia, la posibilidad previsible de que se creara riesgo permanental, generador de daños por inundación, dado el descontrol que de esta manera se instituyó, pues así el agua podía discurrir libremente y desbordarse al no estar debidamente dirigida y verificada por los mecanismos de control en desuso y no debidamente clausurados y cuyo abandono venía a acentuar el peligro que se dejó de esta manera bien patente, pues no fue atajado en la forma más correcta y eficaz, sobre todo en lo que afectaba a la desconexión con la red general o, al menos, en el tramo en que llevaba el agua a la finca de los recurrentes, lo que agravó la obra realizada de acometida al depósito. (STS de 30 de noviembre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Se enjuicia un daño de origen extracontractual, consistente en inundación causada por el abandono negligente de una antigua conducción de aguas, imputando el 50 por 100 de la responsabilidad a la empresa municipal de aguas y el otro 50 por 100 a los copropietarios de la finca beneficiaria de la instalación. El TS acogió el recurso de casación interpuesto por uno de los recurrentes, la entidad perjudicada, ampliando la condena a los intereses legales desde la fecha de la sentencia de apelación, y rechazando el recurso formulado por dos de los responsables. (L. F. R. S.)

**62. Error judicial. No procede su declaración en los supuestos en que la decisión judicial sea subsumible en una de las interpretaciones posibles de las normas jurídicas.**—El TS desestima la existencia de error judicial, considerando que para su apreciación es preciso la existencia de equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos, o en la interpretación y aplicación de la ley, generando una resolución esperpéntica y absurda, que rompa la armonía del orden jurídico; el derecho que los justiciables tienen a que se declare la existencia de un error judicial no puede dar lugar a una tercera instancia, ni sustituir la función revisora del recurso de casación, ni desconocer la santidad de la cosa juzgada, por lo que sólo cabe su declaración, cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieren sido materia del debate, y sin que puedan ser objeto de ataca conclusiones que no resulten absurdas, arbitrarias, ilógicas o basadas en normas inexistentes, o entendidas fuera de su sentido o alcance.

La tutela judicial efectiva no incluye el hipotético derecho al acierto judicial en las decisiones. No es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden que es el que origina el deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de que sea declarada la culpabilidad del juzgador. (STS de 26 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante la inaplicación por parte de la Audiencia del artículo 262.5 del texto refundido de la LSA, aprobado con fecha 22 de diciembre de 1989, justificando su decisión en la normativa derivada de la disposición transitoria tercera y el artículo 2.3 CC, los demandantes alegan la existencia de un error judicial. (M. I. M. P.)

