

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO L, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 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>
Estudios monográficos	
María José SANTOS MORÓN, «Algunas consideraciones en torno a la condonación de la deuda. El problema de la forma del negocio»	1655
Javier FAJARDO FERNÁNDEZ, «La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución» ..	1751
Guillermo PALAO MORENO, «La Ley aplicable a la responsabilidad civil del Médico en Derecho Internacional Privado Español»	1793
Ángela GALVÁN GALLEGOS, «La indivisibilidad de la aceptación y repudiación de la herencia»	1817
Información Legislativa	
A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ	1849
Bibliografía	
LIBROS	
BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, «El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas», por Pedro Arenas Naon	1875
BLANCH NOUGUÉS, José María, «La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano», por Elena Quintana Orive	1879

	<i>Pág.</i>
CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La fiducia sucesoria secreta», por Teodora F. Torres García	1881
CLEMENTE MEORO, Mario E., «Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad», por Nieves Fenoy Picón	1890
LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, «La reserva de dominio en la quiebra», por Carlos Baquerín Alonso	1895
LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, «La marca comunitaria. Aspectos procesales y de Derecho Internacional Privado del Reglamento sobre la marca comunitaria», por Luis F. Carrillo Pozo	1896
LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia», por Teresa San Segundo Manuel	1901
PARDOEL, Dorothée, «Les conflicts de lois en matière de cession de créances», por Lourdes Blanco Pérez-Rubio	1903
QUICIOS MOLINA, M. ^a Susana, «Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento», por Ignacio Garrote Fernández-Díez	1907
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, «El error en el matrimonio», por Gabriel García Cantero	1912
VV. AA., «Poder político y derecho en la Roma clásica», por José María Blanch Nougues	1916
YIANNOPOULOS, A. N. (Ed.), «Louisiana Civil Code (As Revised and Amended through the 1996 Sessions of Legislature)», por Nieves Fenoy Picón	1923

REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a del Rosario DÍAZ ROMERO, M. ^a Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUITIÁN, Isabel SIERRA PÉREZ	1929
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS, año 1996

A cargo de Encarna ROCA TRÍAS. Colaboran: Ramón CASAS VALLÉS, Guillem GUARDIA VIDAL, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mònica VILASAU SOLANA	1975
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Carmen BOLDÓ RODA, «Seguro de vida contratado por uno de los cónyuges y sociedad de gananciales (a propósito de la STS de 7 de junio de 1996)»	1999
---	------

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Pedro ARENAS NAON, Josep M. ^a BECH SERRAT, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Antoni CALLE ORTEGA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Regina GAYA SICILIA, Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Albert RUDA GONZÁLEZ	2011
--	------

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 IV
Octubre-diciembre, 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

Algunas consideraciones en torno a la condonación de la deuda. El problema de la forma del negocio

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La gratuidad u onerosidad de la condonación. La condonación como acto de liberalidad.*—III. *La existencia de enriquecimiento del deudor. Su influencia en la estructura bilateral o unilateral de la condonación.*—IV. *Requisitos del negocio.* 1. Requisitos subjetivos. 2. Requisitos objetivos. 3. Elementos accidentales del negocio.—V. *El problema de la forma del negocio: La coexistencia de la condonación expresa, como negocio formal, con la condonación tácita.* 1. Estado de la cuestión. 2. Derecho Comparado. A) Derecho Francés. B) Derecho italiano. a) Código Civil de 1865. b) Código Civil de 1942. D) Derecho alemán y suizo. 3. Antecedentes históricos. A) Derecho romano y Derecho histórico español. B) Proyecto de 1836. C) Proyecto de 1851. D) Anteproyecto de 1882-1888. 4. Análisis de los requisitos de forma aplicables a la condonación expresa. 5. La entrega del documento justificativo del crédito como único supuesto de condonación tácita admisible en el CC. A) La relación entre las declaraciones tácitas de voluntad y las presunciones. B) Examen de los posibles supuestos de condonación tácita.—VI. *Examen del artículo 1188 CC.* 1. Planteamiento. 2. Análisis del párrafo primero del artículo 1188. A) Efectos de la entrega del documento justificativo del crédito. B) Elementos del supuesto de hecho de la norma. a) Documento privado justificativo del crédito. b) Entrega voluntaria. c) Entrega hecha por el acreedor o persona autorizada por él en su nombre, al deudor o persona autorizada por éste para recibirlo. d) Posesión del documento por parte del deudor. 3. Análisis del párrafo segundo del artículo 1188.—VII. *La entrega del documento justificativo del crédito como condonación tácita: Recapitulación.*

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendemos abordar algunos problemas sobre la condonación que, en nuestra opinión, todavía no han sido estudiados con el detenimiento necesario.

En particular llama la atención el hecho de que no se haya intentado encontrar una explicación a la contradicción que se desprende de la admisión de la condonación tácita junto con la exigencia de forma para la condonación expresa, afirmándose reiteradamente que existen tres tipos de

condonación: expresa, tácita y presunta, sin que, por lo demás, se haya estudiado detenidamente el artículo 1188 CC¹. El adecuado análisis de estas cuestiones requiere, sin embargo, solventar otras que necesariamente han de tomarse como punto de partida. Por ello examinamos también la naturaleza jurídica de la condonación y los requisitos de ésta. Concretamente en relación a la naturaleza jurídica de la condonación y, dado que el artículo 1187 CC se remite a las reglas de la donación, es de vital importancia aclarar si la condonación debe considerarse o no un negocio gratuito puesto que en caso contrario carece de sentido la aplicación de la normativa de la donación. Es igualmente de importancia en cuanto al análisis de la forma de la remisión la determinación de su naturaleza unilateral o bilateral. Ambas cuestiones, aunque han sido objeto de abundante tratamiento doctrinal, son especialmente conflictivas y no pueden considerarse definitivamente aclaradas. De ahí que nos haya parecido oportuno examinarlas también con cierta profundidad.

II. LA GRATUIDAD U ONEROSIDAD DE LA CONDONACIÓN. LA CONDONACIÓN COMO ACTO DE LIBERALIDAD

El principal problema que presenta el análisis de la naturaleza onerosa o gratuita de la condonación es la confusión terminológica que reina en esta materia, ya que las expresiones de negocio gratuito, negocio lucrativo, acto de liberalidad, causa gratuita y «animus donandi» o espíritu de liberalidad, no son utilizados por los distintos autores en el mismo sentido.

No es posible defender una posición fundada acerca del carácter gratuito o no de la condonación sin saber exactamente a qué se está haciendo referencia cuando se utiliza tal expresión. Por tanto, y con el fin de evitar interpretaciones equivocadas, consideramos indispensable realizar algunas aclaraciones en cuanto al significado que para nosotros tienen los términos y clasificaciones que de ahora en adelante vamos a emplear.

Probablemente en parte la confusión terminológica existente en esta materia se debe a lo dispuesto en el artículo 1274 CC en virtud del cual en los negocios gratuitos ha de entenderse por causa la mera «liberalidad del bienhechor». Lo establecido en este precepto ha llevado a que el negocio gratuito sea para algunos autores, con base en una interpretación objetiva, aquél en el que una parte obtiene una ventaja patrimonial sin correspectivo, mientras que otros, adoptando una concepción subjetiva, exigen además para que pueda hablarse de negocio gratuito que el sujeto que otorga una ventaja a otro actúe con «ánimo de liberalidad».

¹ Una excepción constituye el estudio sobre este artículo llevado a cabo por BLASCO GASCÓ, «Las presunciones de condonación», *ADC*, 1988, t. XLI, fasc. IV.

A su vez el concepto de ánimo de liberalidad o «animus donandi» puede ser entendido en sentido objetivo: como voluntad de provocar una ventaja o enriquecimiento ajeno, y en sentido subjetivo: como generosidad o desinterés, de manera que según esta segunda acepción no existiría ánimo de liberalidad cuando el sujeto que enriquece a otro obra movido por una motivación egoísta o interesada.

La adopción de la concepción subjetiva de las nociones de negocio gratuito y de ánimo de liberalidad lleva, como es lógico, al más riguroso casuismo puesto que requiere una investigación psicológica que impide caracterizar «a priori» un determinado tipo negocial como gratuito. Desde este punto de vista se explican las opiniones de algunos autores que sostienen que la condonación, aun no existiendo contraprestación por parte del deudor, no es siempre un negocio gratuito.

Para nosotros, en cambio, uno y otro concepto han de entenderse conforme a su acepción objetiva. Entendida objetivamente la gratuidad, negocio gratuito sería aquél en virtud del cual una parte realiza o se obliga a realizar una prestación sin obtener a cambio ninguna contraprestación. Negocio oneroso, en cambio, sería aquél en que existen sacrificios patrimoniales a cargo de las dos partes de forma que el sacrificio realizado por cada una de ellas tenga como contrapartida la obtención de una ventaja. No es necesario que los sacrificios realizados por ambos contratantes tengan carácter recíproco, si por reciprocidad entendemos existencia de sinalagma, o relación obligatoria sinalagmática –v. gr. mutuo con interés–².

Desde un punto de vista objetivo, igualmente, el ánimo de liberalidad consistiría en la objetiva voluntad de provocar una ventaja patrimonial ajena, con independencia de cuáles sean las razones, interesadas o no, que hayan impulsado al sujeto a efectuar el acto, que no son más que simples motivos (a no ser, claro está, que se hayan exteriorizado y estemos ante motivos incorporados a la causa)³. El hecho, por ejemplo, de que un sujeto realice una donación a una fundación benéfica con el fin de obtener cierto prestigio social no excluye la existencia de ánimo de liberalidad. Si entendemos por causa la función económica típica del negocio, la denominada «causa gratuita» será por tanto en los distintos negocios gratuitos, y por poner algún ejemplo: en el comodato, la voluntad de beneficiar a un sujeto mediante la cesión del uso de una cosa no fungible sin contraprestación; en la donación, la voluntad de beneficiar a un sujeto mediante la transmisión de un bien o derecho sin contraprestación; en el depósito gratuito, la voluntad de beneficiar a un sujeto mediante la prestación de un servicio sin contraprestación, etcétera.

Cabría preguntarse cómo encajarían en la clasificación propuesta negocios como la donación modal u onerosa o la compraventa amistosa o

² Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. I, *Introducción, Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 82.

³ Vid. Díez-PICAZO y GULLÓN, *sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed., Madrid, 1995, pp. 335, 336; LACRUZ-RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1995, pp. 95, 96.

«negotium mixtum cum donatione». Pensemos en una donación modal en la que el gravamen que pesa sobre el donatario tiene carácter patrimonial y se impone en beneficio del donante (por ej. prestarle determinados servicios). Según el artículo 619, si el gravamen es de valor inferior al objeto donado ⁴ el negocio ha de considerarse una verdadera donación. Sin embargo, no puede dejar de apreciarse que la carga implica una disminución del beneficio económico obtenido por el donatario, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de aplicar la normativa sobre colación, revocación, etc. de la donación ⁵. No obstante, el negocio debe ser calificado como gratuito —así se deduce del artículo 619— lo que presupone que se parte aquí de un concepto jurídico y no económico de gratuidad: la donación modal es un negocio gratuito y no oneroso (incluso en el supuesto en que el gravamen se imponga en beneficio del donante) porque la carga no asume la función de correspectivo, no existe relación de reciprocidad o interdependencia entre lo donado y la carga asumida por el donatario ⁶. Desde el punto de vista de su estructura el negocio es gratuito.

En cuanto al «negotium mixtum cum donatione», es opinión dominante hoy día que el concepto de onerosidad no exige que exista equivalencia económica entre las prestaciones (téngase en cuenta que no se admite ya en el CC la rescisión por lesión) de forma que el precio de la compraventa no ha de ser justo, aunque sí ha de ser *serio* ⁷. Ello demuestra, una vez más, que los conceptos de onerosidad y gratuidad no necesita-

⁴ Aunque el artículo 622 ha suscitado numerosos problemas de interpretación, el único punto que parece estar fuera de discusión es la relación entre el inciso primero de este precepto y el artículo 619. La donación modal en que el gravamen supere el valor de lo donado es equiparada por el artículo 622 a los contratos onerosos, debiendo regirse por la normativa aplicable a éstos. Ello es lógico en la medida que si el valor del gravamen absorbe el del objeto donado no existe enriquecimiento alguno para el donatario. FERRANDIS VILLELA, *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, vol. 2.º, 1.ª parte, Barcelona, 1966, p. 225; Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 351.

Cuando el gravamen es de valor inferior al objeto donado estamos ante una verdadera donación (art. 619) si bien parece que debe aplicársele el régimen mixto previsto en el artículo 622 in fine. Sobre ello vid. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos en el CC*, Madrid, 1996, pp. 139 ss.

⁵ No sería justo que a estos efectos se tomara en consideración un grado de enriquecimiento (el valor del objeto donado) que el donatario en realidad no ha percibido puesto que la carga impuesta opera como límite económico de aquél. Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 144.

⁶ ALBALADEJO, en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, p. 1578; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 107.

A lo dicho cabría objetar que en la donación en que el gravamen impuesto absorbe el valor de lo donado tampoco la carga asume la función de correspectivo y, sin embargo, el artículo 622, inciso primero, parece considerarla un negocio oneroso. Ahora bien, la donación, con independencia de que implique la ausencia de contraprestación por parte del donatario, requiere además la existencia de enriquecimiento para éste. En el caso indicado es obvio que el negocio no puede considerarse como una donación porque el donatario no obtiene ningún enriquecimiento.

⁷ ORTEGA PARDO, «Donaciones indirectas», *ADC*, 1949, p. 969; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, 2.º, Barcelona, 2.ª ed., 1982, p. 147; Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 288; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, cit., pp. 26, 27.

riamente están ligados al resultado económico obtenido sino, fundamentalmente, a la estructura del negocio. Una compraventa en la que exista desproporción entre el valor de la cosa y el precio no deja por ello de ser onerosa, al menos en tanto que el precio no sea tan ridículo que quede reducido a una entidad puramente formal (precio irrisorio o simbólico). Desde el punto de vista de la estructura el negocio es oneroso. Ello no implica, obviamente, que deba desconocerse el resultado económico obtenido.

Aunque reconocemos que la terminología y clasificación propuesta pueden ser discutibles, pensamos que para estimar que se está ante un negocio gratuito hay que atender exclusivamente a la estructura del negocio y a un dato objetivo: la existencia de una ventaja económica para una de las partes (derivada ya de un ingreso, ya de la omisión de un gasto) obtenida sin sacrificio patrimonial propio que opere como contraprestación.

Ahora bien, atendiendo, no ya a la estructura del negocio, sino al resultado económico obtenido hay que hacer algunas matizaciones. Por lo general la realización de un negocio gratuito (caracterizado por la ausencia de contraprestación) implica la producción de un enriquecimiento-empobrecimiento correlativos, es decir, el beneficio obtenido por un sujeto conlleva la disminución patrimonial de otro. Para aludir a este resultado económico suele emplearse, y así lo hacemos en otro lugar ⁸, la expresión de *acto de liberalidad*.

La donación es un negocio gratuito y al mismo tiempo un acto de liberalidad. Los negocios gratuitos –distintos de la donación– son habitualmente actos de liberalidad pero no necesariamente. En determinadas ocasiones la ventaja patrimonial que obtiene una de las partes no implica un empobrecimiento para la otra. Por ej. el sujeto que presta a otro sin interés una cantidad de dinero que guarda en su caja fuerte es indudable que otorga a éste una ventaja, pero él no sufre ninguna disminución patrimonial. Lo mismo ocurre si A cede a B en comodato su motocicleta o si A permite a B aparcar su coche en su enorme garaje ⁹.

De la misma forma que no todo negocio gratuito es a la vez un acto de liberalidad, el resultado económico en que consiste el acto de liberalidad no siempre se deriva de un negocio gratuito (conforme al contenido que damos a esta expresión). Puede efectuarse una liberalidad mediante un negocio oneroso como, por ejemplo, la compraventa amistosa o «negotium mixtum cum donatione» –el negocio, como se ha dicho, es oneroso pero se produce un desequilibrio patrimonial en virtud del cual una parte

⁸ SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos*, cit., pp. 117 ss.

⁹ La situación sería distinta si para la concesión del préstamo el prestamista tuviese que cancelar una imposición a plazo fijo con alto tipo de interés ya que en este caso, al no poder seguir percibiendo los rendimientos del dinero, puede decirse que se empobrece. Lo mismo ocurriría si A tiene un negocio de alquiler de motos, en cuyo caso la utilización de una de ellas por B le impide percibir un ingreso, o si A es propietario de un parking público y permite a B ocupar una plaza gratuitamente.

se enriquece a costa del empobrecimiento de la otra ¹⁰— o el contrato oneroso con estipulación en favor de un tercero —v. gr. seguro de vida— ¹¹.

La donación es el acto de liberalidad más típico, pero el concepto de acto de liberalidad ¹² es más amplio que el de donación puesto que, como se ha dicho, el resultado económico consistente en un enriquecimiento-empobrecimiento correlativos puede obtenerse a través de distintos actos y contratos, en relación con los cuales suele utilizarse el término de «donaciones indirectas» ¹³. A los actos de liberalidad distintos de la donación típica se refiere el Código en algunas ocasiones. Así en los artículos 968 y 1035 cuando declara aplicables el régimen de las reservas hereditarias y el de las donaciones colacionables a lo recibido por cualquier otro «título lucrativo». La expresión «negocio lucrativo» podría utilizarse por eso, en nuestra opinión, para aludir a aquellos negocios que implican la existencia de un acto de liberalidad aun cuando no fuesen objetivamente gratuitos —v. gr. «negotium mixtum cum donatione»—.

La clasificación de los negocios en onerosos y gratuitos permite determinar la normativa aplicable a los mismos ¹⁴. La donación viene a ser el paradigma de negocio gratuito de forma que el régimen previsto para ella suele considerarse aplicable a otros negocios gratuitos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que muchas de las normas de la donación se fundamentan, no en el carácter objetivamente gratuito del negocio (ausencia de contraprestación), sino en el resultado económico producido (enriquecimiento del donatario a costa del empobrecimiento del donante). De ahí la utilidad de la noción de acto de liberalidad. La misma permite aplicar a aquellos supuestos de hecho que producen la misma consecuencia económica que la donación (aun cuando se trate de negocios que no son objetivamente gratuitos —v. gr. compraventa amistosa, seguro de vida—) parte de la normativa prevista para ésta. Concretamente las normas materiales que tienen como objeto proteger los intereses de los sujetos que pueden resultar perjudicados por el desequilibrio patrimonial producido: colación, reducción por inoficiosidad, fraude de acreedores. Más dudoso nos parece que deban considerarse aplicable a estos supuestos las normas sobre revocación de donaciones ¹⁵.

¹⁰ Para que la compraventa a bajo precio (o al revés, la compraventa a precio excesivo) pueda considerarse un acto de liberalidad es necesario, en cualquier caso, que el enriquecimiento-empobrecimiento correlativos se produzca por estar la voluntad de las partes dirigida a conseguir tal finalidad. No existe ningún acto de liberalidad cuando un sujeto por razones de apremio malvende un bien, o cuando por igual razón debe comprarlo a un precio excesivo en relación al de mercado.

¹¹ Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 188 ss., 198 ss.

¹² Sobre el concepto de acto de liberalidad, SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 117 ss.

¹³ Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 124 ss., 179 ss.

¹⁴ Como ejemplo de la importancia práctica de la distinción apunta DIEZ-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., p. 81, la existencia de un distinto ámbito de capacidad para llevar a cabo negocios onerosos y gratuitos, el diferente funcionamiento de las reglas de interpretación de los contratos, la diferente protección de la fe pública, etc.

¹⁵ No parece viable la aplicación de las reglas sobre revocación de las donaciones, por ejemplo, a las liberalidades que se realizan a través de un contrato con estipulación en favor de tercero o a las realizadas mediante un «negotium mixtum cum donatione».

Una vez sentadas estas premisas estamos en condiciones de analizar el problema de la naturaleza onerosa o gratuita de la condonación y, en segundo lugar, su carácter de acto de liberalidad. Este segundo punto debe ser también analizado ya que, como se ha dicho, la especial normativa de la donación no se fundamenta sólo en su carácter gratuito, se basa además en la existencia de enriquecimiento-empobrecimiento correlativos. La aplicación de las reglas de la donación a otros supuestos sólo tiene sentido si producen el mismo resultado económico que la donación.

A continuación vamos a estudiar el problema de la onerosidad o gratuidad de la remisión teniendo en cuenta cómo se resuelve en otros ordenamientos.

En el Derecho alemán esta cuestión no presenta apenas dudas ya que la condonación («Erläss»), que es configurada por la propia ley como un contrato –cfr. parágrafo 397 BGB–, es un negocio de disposición («Verfügungsgeschäft») y como tal, tiene carácter abstracto, siendo eficaz con independencia de la existencia o validez del negocio obligatorio que habitualmente opera como causa ¹⁶. La condonación puede por tanto ser consecuencia de un precedente negocio obligacional oneroso o gratuito, sin que por ello se altere la naturaleza típica de la misma ¹⁷.

Se afirma no obstante que no cabe condonación a cambio de contraprestación. Ello se debe a que la remisión, en cuanto tal negocio abstracto, no puede encontrarse en relación de interdependencia respecto de la prestación, en su caso, prometida por la otra parte ¹⁸. La condonación, en cuanto negocio dispositivo dirigido a extinguir la obligación, sólo podría hacerse depender de la contraprestación de la otra parte, se dice, si se configurara como negocio causal ¹⁹. Ello es posible cuando la condonación se sujeta a una condición: se hace depender la eficacia de la condonación de la existencia o validez de su causa.

No obstante, con independencia de esta hipótesis, se observa que la condonación (en cuanto negocio dispositivo abstracto) puede formar parte de un negocio modificativo de la relación obligatoria («Abänderungsvertrag»), de una transacción, o de otro negocio dirigido a operar la sustitución de la obligación («Schuldersetzung»). En este caso, se indica, la condonación no es ya un negocio de disposición independiente sino una parte del negocio a través del cual los interesados disponen de la relación obligacional como un todo. La condonación no es en este caso abs-

¹⁶ Si la condonación carece de causa nace una pretensión de enriquecimiento injusto («Bereicherungsanspruch») dirigida a la reconstitución («Wiederherstellung») de la obligación extinguida.

¹⁷ GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, 2.ª ed., Tübingen, 1994, p. 374.

¹⁸ HERMES, «Schulderlass gegen Gegenleistung», en *J.R.*, 1961, pp. 495, 496. En el mismo sentido KADUK, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, t. II, 12.ª ed., Berlín, 1983, ex parágrafo 397 BGB, p. 672, quien indica que de la naturaleza abstracta del contrato de condonación se deduce que la renuncia del acreedor no se realiza aquí como consecuencia de una cesión recíproca de la otra parte.

¹⁹ HERMES, ob. cit., p. 496.

tracta sino causal, si el negocio en el cual se integra es ineficaz también lo es la remisión²⁰.

Tanto en el Derecho francés como en el Derecho italiano (anterior y posterior al Código de 1942) se viene admitiendo la posibilidad de que la extinción del derecho de crédito se realice a título oneroso²¹. No obstante, está claro en ambos ordenamientos, y así lo observa mayoritariamente la doctrina que, aunque nada se opone a que se renuncie al derecho de crédito o se extinga la obligación del deudor a cambio de contraprestación o con una función solutoria, en estos casos no puede hablarse de verdadera condonación. Remisión en sentido propio es únicamente la realizada gratuitamente. En los demás casos la remisión se confunde con otros negocios jurídicos, deviene novación, dación en pago, transacción, etcétera²².

A la misma conclusión se llega en nuestro Derecho. Espín Cánovas opina que si bien es cierto que el acreedor puede efectuar la remisión como «solutio» o a cambio de contraprestación, en estos casos se da «una verdadera confusión de conceptos». «Si con la remisión se quiere pagar otra deuda, en sentido contrario, del acreedor, no existe verdadera remisión sino en realidad compensación convencional; lo mismo ocurre si la remisión se hace a cambio de otra ventaja pues se trata de una transacción u otra operación distinta de la remisión»²³. En semejante sentido se pronunciaba Manresa²⁴. En realidad la mayor parte de los autores estiman que la remisión típica, la regulada por el CC, es un negocio gratuito.

²⁰ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *Allgemeiner Teil*, 14.º ed., München, 1987, p. 269. Acepta esta opinión, KADUK-STAUDINGER, ob. cit., p. 672.

²¹ Uno de los autores que con más énfasis defiende la posibilidad de condonación onerosa, es RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, vol. 1.º, trad. española, Madrid, 1977, p. 240, quien afirma que la condonación puede verificarse para realizar una «solutio» o para constituir una relación obligatoria distinta. La condonación, dice, puede ser tanto un negocio gratuito como un negocio oneroso, de manera que, según de lo que se trate, variarán las normas (sobre capacidad, revocabilidad, etc.) aplicables.

²² En el Derecho francés, LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XVIII, París, Bruselas, 1876, p. 358, núm. 333; DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 5.º, París, s.f., p. 280, núm. 388; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité teórico-prático de Diritto civile, Delle obbligazioni*, vol. III, versión italiana, Milano, 1914, p. 98, núm. 1.768; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2.ª parte, con la colaboración de ESMEIN, RADOUAN y GABOLDE, París, 1931, p. 635; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. 1.º, 6.ª ed. por Chabas, París, 1978, p. 1186.

En el Derecho italiano anterior al CC de 1942, RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, vol. 6.º, *Delle obbligazioni*, Torino, 1880, p. 385; PACIFICI-MAZZONI, *Instituzioni di Diritto civile italiano*, vol. IV, *Delle obbligazioni in generale*, 5.ª ed., Firenze, 1926, p. 573, nota 3; GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. VII, trad. española, Madrid, 1930, p. 364.

En el Derecho actual, vid. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, en *Comentario del Codice civile* a cargo de SCIALOJA y BRANCA, libro IV, Bologna, Roma, 1975, pp. 171 ss.

²³ ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, 3.ª ed., Madrid, 1970, p. 173.

²⁴ MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 1.º, 6.ª ed., Madrid, 1967, p. 774, quien indica que si se recibe alguna cosa en vez de lo debido como contraprestación de la remisión, ésta se convierte en adjudicación en pago; en novación si se cambia el objeto y circunstancias de la obligación; en transacción si lo que se renuncia es

Así se desprende del propio artículo 1187 que sujeta la condonación a las reglas de forma de la donación y a las normas sobre donaciones inoficiosas. Ello sólo tiene sentido partiendo de la configuración de este negocio como gratuito. La condonación realizada mediante contraprestación, aunque se califique como tal, es en sustancia un acto o negocio jurídico distinto²⁵.

No obstante, se ha dicho por la doctrina española más reciente que la condonación es un negocio abstracto y que, por tanto, puede ser tanto oneroso como gratuito. Esta opinión parte de la idea de que en nuestro ordenamiento sólo precisan causa los negocios atributivos pero no los extintivos y se indica que la causa no es, por tanto, elemento tipificador del negocio. Se dice que no puede hablarse de «causa» sino de «motivos» del condonante, ya que la «causa gratuita», que se identifica con el «ánimo de liberalidad» del condonante, es un hecho psicológico localizado en el autor del acto que hay que demostrar caso por caso²⁶.

Esta postura supone, como puede apreciarse, la adopción de un concepto de gratuidad esencialmente subjetivo que, según se deduce de lo anteriormente expuesto, consideramos debe ser rechazado. Tal y como hemos indicado, desde nuestro punto de vista la gratuidad es un dato objetivo del negocio que sólo atiende a la ausencia de prestación correspondiente. Si por causa del negocio se entiende su función económica típica, en la condonación la causa del negocio es la extinción de la obligación sin contraprestación a cambio. La gratuidad, en nuestra opinión, forma parte del concepto típico de condonación porque de existir contraprestación no estamos ante una verdadera y propia condonación. En este sentido podríamos calificarla, según la terminología empleada por Gete-Alonso²⁷, como un «índice de tipo», puesto que por tal se entiende aquel elemento cuya ausencia determina la alteración de la calificación aplicable al supuesto de hecho negocial.

Una vez que se concluye que la condonación es siempre un negocio gratuito (la renuncia al crédito a cambio de contraprestación es otro negocio) hay que preguntarse si es, al mismo tiempo, un acto de liberalidad.

un derecho dudoso o litigioso a cambio de alguna otra concesión que por el acreedor se obtenga.

También *vid.* SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XIX, 2.ª ed. rev., Madrid, 1958, pp. 1054, 1055.

²⁵ SANCHO REBULLIDA, «Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones», en *RDP*, 1955, t. XXXIX, p. 148; GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario a los artículos 1187 a 1191 del CC» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, Madrid, 1980, p. 327 ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *La obligación y el contrato en general*, Barcelona, 1994, p. 294; RIVERO HERNÁNDEZ, en *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, 3.ª ed. Barcelona, 1994, p. 316; CAFFARENA, voz «Condonación», en *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, t. I, Madrid, 1995, p. 1387.

²⁶ FLORENSA I TOMÁS, *La condonación de la deuda en el Código civil (Estructura y objeto del negocio remisivo)*, Madrid, 1996, pp. 27, 28, texto y nota 17; p. 165.

²⁷ GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 40 ss.

En el Derecho italiano posterior al Código de 1942 se ha negado que la condonación pueda considerarse con carácter general como un acto de liberalidad. La identificación de la condonación con el negocio de renuncia se ha llevado al extremo de afirmar que, dado que la renuncia verdadera y propia se agota en el acto del titular de desprenderse de su derecho, la función económica de la condonación es siempre el abandono del derecho de crédito, la separación del derecho de la esfera de su titular. Se dice por tanto que la condonación es un acto neutro o con causa variable: puede ser en unos casos negocio oneroso, en otros gratuito, o realizarse «solutionis causa», pero su causa típica y constante, entendida ésta como función económica, es siempre y exclusivamente el abandono del derecho de crédito²⁸. Ello lleva a negar que la condonación, aun en el supuesto que se realice gratuitamente, deba ser considerada como acto de liberalidad ya que se excluye la existencia de «animus donandi» en el acreedor condonante, elemento éste indispensable para que un determinado supuesto pueda calificarse como acto de liberalidad²⁹. Se afirma que la voluntad del acreedor está dirigida exclusivamente a separar el derecho de crédito de su propia esfera jurídica de manera que no puede apreciarse la existencia de una voluntad encaminada a extinguir la obligación del deudor y con ello provocar su enriquecimiento³⁰.

En el Derecho español, Amat i Llari sigue en cierta medida esta teoría. Aunque afirma que la condonación es objetivamente gratuita porque no es concebible a cambio de contraprestación, niega que la condonación pueda considerarse como una liberalidad porque en su opinión la extinción de la obligación se produce como efecto reflejo de la renuncia al derecho de crédito³¹.

Desde nuestro punto de vista esta configuración de la condonación no se adapta a la realidad. En otro lugar hemos mantenido que la renuncia no

²⁸ TILOCCA, voz «Remissione», en *Novissimo Digesto italiano*, t. XV, p. 399; DI PRISCO, «Remissione», en *Trattato di Diritto privato* dirigido por RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, t. 1.º, Torino, 1991, p. 291.

²⁹ Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 122. Como se ha indicado con anterioridad, el enriquecimiento-empobrecimiento correlativos en que se sustancia un acto de liberalidad ha de ser libremente querido por las partes. La producción de un desequilibrio patrimonial provocado por las circunstancias (v. gr. situación de necesidad que obliga a vender un bien por debajo de su precio de mercado) no determina la existencia de un acto de liberalidad.

³⁰ TILOCCA, ob. cit., pp. 392 ss. Observa este autor que el eventual fin del renunciante de liberar al deudor queda dentro de la esfera de los motivos. Sólo si éstos se exteriorizan puede calificarse la condonación como acto de liberalidad en cuyo caso quedaría sujeta a las normas materiales propias de las liberalidades. En el mismo sentido DI PRISCO, ob. cit., pp. 295, 304, 305. Recogen esta orientación GIACOBBE y GUIDA, voz «Remissione», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXIX, pp. 769, 771, texto y nota 29.

³¹ AMAT I LLARI, *La condonació del deute, Anàlisi dels articles 1187 a 1191 del CC*, Barcelona, 1987, pp. 136 ss., 149. En pp. 59, 61, afirma que el acto del acreedor sólo incide en su propia esfera jurídica.

Pese a que niega su carácter de liberalidad en pp. 168 ss. califica a la condonación como negocio lucrativo. Según esta autora negocio lucrativo es aquel que produce un enriquecimiento-empobrecimiento correlativos sin necesidad de que exista ánimo de liberalidad. Pone como ejemplo de negocio lucrativo la sucesión testada y la intestada.

puede ser considerada con carácter general como un acto de liberalidad, porque no pueden calificarse como actos de liberalidad aquellos supuestos en que el enriquecimiento del beneficiario es un efecto de la ley y no es consecuencia de la voluntad del sujeto que actúa³². Así sucede en la renuncia a los derechos reales. Con independencia de que la renuncia a los derechos reales, a diferencia de la renuncia al crédito, puede ser concluida a título oneroso sin que ello afecta a su calificación negocial³³, aun en el supuesto en que se realice gratuitamente, la renuncia del titular hace eficiente la causa de adquisición del tercero pero no es causa inmediata del beneficio que éste recibe³⁴. La propia ley regula en ciertas ocasiones la renuncia a los derechos reales como «renuncia liberatoria» (cfr. arts. 395, 575, 599 CC). En estos casos la ley presupone que la renuncia se realiza con el fin del renunciante de liberarse de las obligaciones que la titularidad del derecho conlleva, y no, por consiguiente, con el fin de provocar el acrecentamiento patrimonial de otro sujeto («animus donandi» entendido en su acepción objetiva).

A nuestro parecer, dado que la ventaja patrimonial que eventualmente obtiene el tercero es una consecuencia de la ley y no deriva directamente de la voluntad del renunciante, la renuncia a un derecho real sólo puede considerarse como un acto de liberalidad cuando la finalidad de beneficiar al tercero aparezca como causa de la renuncia, es decir, cuando los motivos individuales del renunciante se incorporen a la causa del negocio.

La situación es distinta, sin embargo, cuando se trata de la condonación. En la condonación la ventaja patrimonial que obtiene el deudor es la extinción de la obligación y no una consecuencia ulterior como en la renuncia a los derechos reales³⁵. Se afirma, no obstante, que el único efecto de la remisión, entendida como renuncia, es la pérdida del derecho de crédito por parte de su titular, no siendo la extinción de la obligación y la liberación del deudor (y, por tanto, la ventaja obtenida por éste) más que efectos reflejos del acto de renuncia. Sin embargo hay que recordar que la ley considera la extinción de la obligación –acontecimiento que por sí mismo implica enriquecimiento para el deudor– como el efecto propio de tal negocio. En los distintos sistemas legislativos la condona-

³² SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 181, 182.

³³ La renuncia del titular de un derecho de servidumbre o de un derecho de usufructo a cambio de un precio no parece que deba conceptuarse como un negocio distinto al de renuncia. Será simplemente una renuncia onerosa.

³⁴ En la renuncia a la propiedad de bienes muebles («derelictio») la renuncia posibilita la adquisición del tercero a través de la ocupación. En la renuncia a derechos reales limitados el beneficio que obtiene el titular del derecho de propiedad es consecuencia del principio de elasticidad del dominio, no de la renuncia misma. En la renuncia al derecho de copropiedad el acrecentamiento patrimonial de los demás comuneros es consecuencia del derecho de acrecer, etcétera.

³⁵ En la renuncia a los derechos reales la ventaja obtenida por el tercero no es la propia extinción del derecho real. La extinción de éste es el presupuesto que permite la producción de una consecuencia ulterior: la reconstitución del dominio, el acrecimiento de la cuota del comunero, la ocupación de la «res nullius», etcétera.

ción se incluye entre los modos de extinción de las obligaciones lo que demuestra que su función económica típica no se agota en el abandono del crédito³⁶. La condonación tiene un efecto directo sobre la obligación del deudor provocando su extinción³⁷. Quizá podría decirse, como señala Perlingieri, que el acreedor, para extinguir su obligación se sirve del abandono de su derecho. La renuncia al crédito no es sino el instrumento jurídico utilizado para extinguir la obligación³⁸.

Desde nuestro punto de vista no puede afirmarse que la extinción de la obligación y, por tanto, la ventaja patrimonial que obtiene el deudor, es un efecto ocasional y extrínseco de la condonación (cuyo efecto se agota en la extinción del crédito) y que, por consiguiente, debe excluirse en principio su carácter de acto de liberalidad. Siendo la función económica propia de la condonación la extinción de la obligación sin obtener a cambio contraprestación, difícilmente puede pensarse que el acreedor pueda carecer de «animus donandi» o espíritu de liberalidad, al menos si se entiende éste en su acepción objetiva³⁹.

Para considerar como acto de liberalidad la renuncia gratuita a un derecho real (a diferencia de la renuncia al crédito, la renuncia al derecho real no es un negocio esencialmente gratuito; puede ser concluida a título oneroso) es necesario que la finalidad de enriquecer al sujeto que eventualmente pueda resultar beneficiado sea exteriorizada y pueda considerarse como causa (función económica) de la renuncia.

³⁶ Cfr. artículo 1151 CC español y artículo 1234 CC francés que incluyen la remisión entre los modos de extinción de las obligaciones. En el CC italiano vigente la condonación está encuadrada en el capítulo denominado «Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi del pagamento». El parágrafo 397 BGB dice que «la relación obligatoria («das Schuldverhältniss») se extingue cuando el acreedor a través de un contrato condona la deuda al deudor».

³⁷ Indica MACIOCE, voz «Renuncia» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XL, p. 932, que la ventaja patrimonial que obtiene el deudor a consecuencia de la remisión es efecto directo del negocio («della fattispecie remissoria») que es concebido por el legislador como medio de extinción de la obligación.

³⁸ PERLINGIERI, ob. cit., p. 179.

³⁹ Frecuentemente se afirma que es posible que un crédito sea remitido sin propósito de mera liberalidad del bienhechor, sin que el renunciante se proponga enriquecer al deudor sino, por ejemplo, evitarse tan sólo molestias y gastos de persecución en juicio, evitar la presunción de que se cobran intereses cuando el crédito es incobrable, etc. (PÉREZ Y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, vol. 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1954, p. 366; CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, t. III, 11.ª ed., 1974, p. 395. AMAT I LLARI, ob. cit., pp. 138, 139). Sin embargo, se confunde aquí el fin objetivo de la remisión con los motivos que impulsan al acreedor a llevarlo a cabo.

Como venimos diciendo, el ánimo de liberalidad se identifica con la voluntad de provocar el acrecentamiento patrimonial de otro sujeto, y ello con independencia de los motivos internos que induzcan al sujeto a adoptar tal decisión. Como observa SANCHO REBULLIDA, «Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones», cit., p. 148, «en el ánimo del condonante siempre estará el acrecentamiento patrimonial del deudor, será éste la causa del negocio, aunque dicho acreedor obre por motivos egoístas». Fines tales como el indicado, o, por ej. eludir un determinado impuesto, no son, en palabras de este autor, sino «determinaciones psicológicas que se mantienen dentro de los límites de los motivos del negocio, careciendo por tanto, de relevancia jurídica».

En la condonación sucede, en cambio, lo contrario. Esta finalidad, la de provocar el aumento patrimonial del deudor, ya la presupone la ley. Así se desprende de la propia regulación de la condonación puesto que, basándose las reglas de forma y fondo de la donación en su carácter de acto de liberalidad, no tendría sentido que la ley dispusiera su aplicación a la remisión si la misma sólo excepcionalmente pudiera considerarse como realizada «animus donandi» y, por tanto, como un acto de liberalidad.

Recientemente Florensa i Tomàs sostiene que renuncia al crédito y condonación son figuras distintas. Este autor desarrolla una teoría formulada por Perlingieri quien afirma que en ciertas hipótesis es posible para el acreedor renunciar a su derecho sin que ello provoque la extinción de la correlativa obligación. Según Florensa mientras que la condonación está dirigida a extinguir la obligación del deudor, la renuncia tiene como fin la abdicación de la titularidad del derecho de crédito. Uno y otro negocio se diferencian en función de su objeto. La declaración de voluntad remisiva recae siempre sobre la posición pasiva de la relación obligatoria –la deuda–. La renuncia, en cambio, tiene como objeto el crédito. Aunque renuncia y condonación provocan (salvo en los supuestos que le sirven para sustentar esta diferenciación) el mismo efecto, esto es, la extinción de la obligación, matiza el indicado autor que en el supuesto de renuncia ello sólo se produce como consecuencia refleja del acto del acreedor ya que la renuncia agota sus efectos en la esfera jurídica del renunciante. Sólo en el supuesto de condonación la extinción de la obligación es efecto directo del negocio. En este caso el acreedor se inmiscuye directamente en la esfera jurídica del deudor liberándole de su obligación⁴⁰.

De aceptarse esta opinión, y teniendo en cuenta el razonamiento de la doctrina italiana anteriormente expuesto, podría pensarse que, mientras que la condonación es un acto de liberalidad, no lo es la renuncia al derecho de crédito cuyos efectos se agotan en la esfera jurídica del renunciante⁴¹.

Pensamos sin embargo que, aunque conceptualmente pueda establecerse la referida diferenciación en cuanto al objeto y modo de operar de renuncia y condonación, cuando la renuncia tiene como objeto un derecho de crédito, una y otra, dada la identidad del efecto producido, deben

⁴⁰ FLORENSA I TOMÀS, ob. cit., pp. 117 ss.; 215 ss.; 233.

También SERNA MERONO, «Notas sobre la remisión de la deuda», en *Homenaje al profesor Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 826, 827, se hace eco de la tesis de PERLINGIERI e indica que cuando la remisión es unilateral su diferenciación la renuncia sólo puede hacerse en base a su función. En la remisión el intento negocial –dice– es la extinción de la obligación, mientras que en la renuncia al crédito la extinción de la obligación no es efecto negocial sino sólo efecto indirecto del efecto negocial.

⁴¹ FLORENSA, ob. cit., pp. 154 y 227, dice que el acreedor cuenta para extinguir la obligación con dos negocios: la renuncia al crédito y la condonación, aunque sólo mediante el segundo se extingue la obligación de una manera directa e inmediata. La renuncia sólo extingue directamente la titularidad en el derecho de crédito.

considerarse como equivalentes ⁴². La tesis de Florensa se apoya en la existencia de dos supuestos en los cuales, según este autor, la renuncia del acreedor no provoca la extinción de la correlativa obligación. Tales supuestos son el previsto en el artículo 637 CC que este autor aplica a la donación obligatoria, y el supuesto en que el acreedor solidario renuncia frente a los demás a su cuota. En el primer caso estima Florensa que si el donante hace una donación obligatoria conjuntamente a varios sujetos y dispone el acrecimiento (o si hace una donación conjuntamente a marido y mujer y no lo excluye) la renuncia por parte de alguno de los donatarios a su derecho de crédito no implica la extinción de la obligación del donante ya que su cuota en el crédito acrece a los demás donatarios. En el segundo caso opina que si uno de los coacreedores solidarios renuncia a su cuota no se produce externamente la extinción de la obligación por el importe correspondiente a su participación en la misma. El deudor permanece vinculado por el todo ⁴³.

Por lo que respecta al artículo 637 CC hay que decir que el supuesto de hecho de este precepto es aquel en que existiendo un *llamamiento* conjunto a varios donatarios, alguno de ellos no puede o *no quiere aceptar* la donación, se trata en suma de una *oferta de donación* no aceptada ⁴⁴ y no de una renuncia a la cotitularidad —ya adquirida— del bien donado. El donatario que «renuncia» es aquel que no acepta la donación y, por tanto, de configurarse la donación como obligatoria, no llega a adquirir ningún derecho de crédito. No cabe pues utilizar el artículo 637 CC en favor de la diferente eficacia de renuncia al crédito y condonación.

En cuanto a la hipótesis de renuncia del acreedor solidario a su cuota, afirma este autor que, salvo que manifieste su voluntad de extinguir la correlativa obligación mediante condonación, hay que entender que aquélla no se extingue. Mediante la declaración de renuncia el renunciante sólo abandona su posición jurídica subjetiva en la cotitularidad pero no extingue la parte que le pertenece en su participación interna ⁴⁵. Para justificar tal afirmación el indicado autor se limita a

⁴² El propio FLORENSA, ob. cit., pp. 125, 234, reconoce que, siempre que exista un solo sujeto en la posición de acreedor, renuncia y condonación no son en realidad sino aspectos de un único fenómeno extintivo. Aunque afirma que en la renuncia se extingue el crédito y como consecuencia de ello la obligación, y en la condonación se extingue inmediatamente la deuda y, en su virtud, el derecho de crédito, estima que no existe prioridad cronológica entre tales fenómenos.

⁴³ FLORENSA, ob. cit., pp. 125 ss.

⁴⁴ Así lo indican expresamente, MANRESA, en *Comentario al Código civil español*, t. V, 7.^a ed., puesta al día por MARÍN PÉREZ, Madrid, 1972, p. 218; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit. p. 343; LACRUZ-RAMS ALBESA, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.^o, cit., p. 103.

Así se desprende además de los comentarios de GARCÍA GOYENA al artículo 955 del Proyecto de 1851 (que establecía igual norma que el actual 637.1) y 1256 (equivalente al 637.2). Concretamente respecto a este último, indicaba que el caso del artículo «era rarísimo» ya que sólo se daba cuando «un esposo renunciase expresamente la donación» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimp., Zaragoza, 1974, p. 676).

⁴⁵ FLORENSA, ob. cit., pp. 125-129.

hacer valer el artículo 1143 CC y sostiene que del mismo se desprende que lo que extingue la obligación cuando existe solidaridad activa es la *condonación* efectuada por un coacreedor –ya que es ésta la expresión empleada en dicho precepto– pero no la mera *renuncia*, a la cual no hace referencia.

Ahora bien, si la renuncia del acreedor no extingue proporcionalmente la obligación del deudor ¿cuál es el destino de su cuota en el crédito? Si el deudor permanece obligado por el todo, o se entiende que la renuncia del coacreedor sólo le impide dirigirse contra el deudor solidario pero no cobrar su porción en el crédito, o se entiende que se produce el acrecimiento para los demás coacreedores. En el primer caso no estaríamos ante una renuncia al derecho de crédito, sino ante una renuncia a la posibilidad de ejercitarlo, de efecto similar a un «pactum de non petendo» (negocio que es difícil concebir como unilateral). En el segundo caso hay que tener en cuenta lo siguiente:

– La regla general en materia de renuncia al derecho de crédito es, y de esto no hay duda, la extinción de la correlativa obligación (ya sea de forma directa, ya indirecta como sostiene Florensa) porque no puede existir obligación sin crédito.

– Si esta es la regla general, la excepción, es decir, la no extinción del derecho de crédito por renuncia del acreedor cuando la titularidad en el crédito es compartida, debería ser establecida expresamente en la ley. Los supuestos que no cuentan con una regulación especial se rigen por las reglas generales. De manera que, para evitar que la renuncia al crédito de un cotitular suponga la extinción proporcional de la correlativa obligación, habría sido necesario que la ley hubiese establecido como consecuencia el acrecimiento. Sin embargo, no existe ninguna previsión legal al respecto. Y no cabe alegar la aplicación analógica de las reglas de la comunidad de bienes porque no existe identidad de razón.

– El acrecimiento en favor de los copropietarios cuando uno de ellos renuncia a su cuota se establece, en primer lugar y con carácter general, con el fin de impedir que la cuota se convierta en «res nullius», con la consiguiente posibilidad de ocupación de la misma por un tercero que ingresaría en la comunidad⁴⁶ (o tratándose de inmuebles, su adquisición por el Estado). En segundo lugar, y en relación al supuesto concreto del artículo 395 CC, el acrecimiento está justificado por el carácter liberatorio de la renuncia. El acrecimiento se produce, en cierto modo, como contrapartida de la asunción por los demás comuneros de las obligaciones que correspondían al renunciante. Como observa Miquel, si por efecto de la renuncia el derecho del renunciante no pasara a los otros, no se explicaría el efecto liberatorio de la misma⁴⁷.

⁴⁶ Vid. ROCA JUAN, «La renuncia liberatoria del comunero», *ADC*, 1957, p. 95.

⁴⁷ MIQUEL, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pp. 120, 121.

Por consiguiente, no encontramos ningún argumento que permita sostener que la renuncia del acreedor solidario a su cuota, sin manifestar su voluntad de que su cuota acrezca a los demás (lo que puede hacer *ex art.* 1255 CC), no provoca la extinción proporcional de la obligación. Obviamente, si el acreedor renuncia a su cuota en favor de sus coacreedores o acuerda expresamente con éstos que ha de producirse el acrecimiento, la obligación no se extingue proporcionalmente. Pero es que en este caso no estamos ante una verdadera renuncia sino ante lo que suele denominarse «renuncia traslativa» o «in favorem», que es en sustancia una cesión. La verdadera renuncia se agota en la declaración de abandono del derecho, desvinculándose el renunciante de la suerte ulterior del mismo. En la hipótesis que comentamos, sin embargo, el acreedor incide sobre el destino normal de la porción en el crédito «renunciada», evitando su extinción y atribuyéndola a los restantes acreedores. Se trata, pues, de un negocio transmisivo y no abdicativo. Si en este caso la «renuncia» del coacreedor al derecho de crédito no produce ningún efecto extintivo sobre la obligación es porque no se trata de una verdadera renuncia.

Estimamos por tanto que, cuando de derechos de crédito se trata, la renuncia equivale a la condonación. No existe, en nuestra opinión, ningún caso en que la renuncia al crédito –al menos, siendo verdadera renuncia y no otro negocio– no determine la extinción de la obligación (en su totalidad o en proporción al derecho del renunciante).

Conviene hacer referencia a la hipótesis en que la renuncia al derecho de crédito tiene lugar en el marco de un convenio otorgado en concurso de acreedores. En este caso, con independencia de que la renuncia de los acreedores sea objetivamente gratuita, nos parece claro que no puede apreciarse la existencia de un acto de liberalidad ⁴⁸.

En el Derecho francés se considera ejemplo de condonación efectuada sin espíritu de liberalidad la denominada «remise concordataire», o remisión parcial obtenida por el deudor quebrado en un convenio judicial («concordat judiciaire et forcé») ⁴⁹. En este caso se excluye la existencia de toda intención liberal porque si los acreedores renuncian a una fracción de sus créditos lo hacen con el fin de facilitar de este modo el cobro de la porción restante. De hecho la remisión obtenida en convenio judi-

⁴⁸ Señala Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 4.^a ed., Madrid, 1993, p. 562, que cabe «la renuncia del crédito realizada sin contraprestación, pero sin ánimo liberal, conluyendo en ella un interés del renunciante», y pone como ejemplo la «quita parcial» concedida para facilitar el cobro del resto del crédito.

⁴⁹ De este supuesto se distingue la remisión obtenida en «concordat amiable» que se lleva a cabo estando el deudor en suspensión de pagos. Este acuerdo va acompañado de la cesión de bienes a los acreedores. A pesar de que es provocado por las circunstancias, no tiene carácter forzoso. Es consentido voluntariamente por los acreedores y no es eficaz más que entre aquellos que hayan participado en el mismo. Por virtud de este acuerdo se extinguen las obligaciones accesorias como la fianza. AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, vol. IV, 5.^a ed., París, 1902, p. 206, texto y nota 26; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 645.

cial no extingue las obligaciones accesorias como la fianza⁵⁰. En segundo lugar, porque al imponerse la voluntad de la mayoría sobre la de la minoría, no existe la espontaneidad necesaria para que pueda hablarse de «animus donandi»⁵¹. La consideración de que este tipo de remisión viene forzada por las circunstancias y no existe una libre y espontánea voluntad de renuncia lleva a afirmar que la misma deja subsistente una verdadera obligación natural a cargo del comerciante, que si paga las deudas remitidas realiza un pago válido y eficaz⁵² y, dado que tal remisión no es considerada como un acto de liberalidad, se observa que no está sujeta a colación o reducción por inoficiosidad⁵³.

Por lo que respecta al Derecho español creemos que la denominada en el Código civil «quita» (art. 1917 y ss. CC), o condonación parcial obtenida por el deudor en convenio de acreedores, ya como medio de evitar la declaración de concurso, ya como medio de terminarlo no puede considerarse un acto de liberalidad. Por tanto no le es aplicable el artículo 1187 CC en cuanto sujeta la condonación a las reglas de la donación⁵⁴. Además, aunque habitualmente se suele definir la quita como condonación parcial, considerándola una modalidad de la remisión (se distingue dentro de la condonación expresa la extrajudicial y la judicial o quita)⁵⁵, es dudoso que puedan ser identificadas ambas instituciones si se tiene en cuenta la diversidad de efectos que producen. Mientras que el efecto propio de la condonación es la extinción definitiva (total o parcial) de la obligación del deudor, la eficacia extintiva de la quita queda supeditada al cumplimiento del convenio⁵⁶. Pero además, aunque el deudor cumpla

⁵⁰ Antiguo artículo 545 C. com.; artículo 49 de la ley de 13 de julio de 1967. La razón de esta disposición se encuentra en el hecho de que la remisión parcial viene impuesta por la insolvencia del deudor y es en este caso cuando las garantías deben jugar su papel. PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 645; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, t. III, trad. española, 4.ª ed., Madrid, 1960, p. 249.

⁵¹ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 636; WEILL y TERRÉ, *Droit civil, Les obligations*, 3.ª ed., París, 1980, p. 1117; CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, París, 11.ª ed., 1986, p. 575; MAZEAUD, ob. cit., p. 1186.

También DEKKERS, *Précis de Droit civil belge*, t. II, Bruxelles, 1955, p. 353.

⁵² BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1.774, p. 101; WEILL y TERRÉ, ob. cit., p. 1118; POISSON, voz «Remise de dette», en *Encyclopédie Dalloz*, t. VII, p. 2.

⁵³ BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1174, p. 101.

⁵⁴ Nos parece errónea, en este sentido, la opinión de TORRES LANA, «Comentario a los artículos 1187 a 1192 CC» en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 266, quien indica que el artículo 1187 y siguientes son aplicables, como instauradores de un régimen general, a las manifestaciones concretas que aparecen en otros lugares del CC como las recogidas en los artículos 1917 a 1920.

⁵⁵ MANRESA, t. VIII, cit., p. 775; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, ed. rev. y puesta al día, Madrid, 1959, p. 422; CASTÁN, ob. cit., p. 275.

⁵⁶ Del artículo 1919 CC se deduce que la extinción de las deudas sólo se produce cuando el deudor cumple el convenio, lo que implica habitualmente que el deudor debe pagar la parte de los créditos no condonada. (AMAT I LLARI, ob. cit., pp. 241, 242, estima por ello que la quita podría considerarse como una novación o una transacción). Hasta entonces las acciones del acreedor están en un estado latente, con eficacia suspendida (GULLÓN, ob. cit., p. 677) y no se extinguen por tanto las obligaciones accesorias como la fianza (cfr. STS 14-9-87).

Se exceptúa, no obstante, el caso en que en virtud del convenio el deudor haya dado en pago sus bienes renunciando éstos a la diferencia entre lo percibido tras la ejecución de

el convenio, del artículo 1920 CC se desprende que la extinción de los créditos correspondientes sólo se produce hasta el importe en que hayan sido satisfechos. Salvo pacto en contrario los acreedores conservan sus derechos para cobrar, terminado el concurso, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte del crédito no realizada. Esto implica que, salvo que se pacte otra cosa, la quita provoca únicamente un efecto dilatorio del pago de la totalidad de la deuda de manera que, más que en la figura de la condonación, encaja en la del «pactum de non petendo»⁵⁷.

Por lo que respecta al «pactum de non petendo», tampoco puede considerarse un acto de liberalidad aunque se conceda sin contraprestación alguna a cargo del deudor⁵⁸. La existencia de una liberalidad requiere la producción de un empobrecimiento y enriquecimiento correlativos y en el «pactum de non petendo» el acreedor no sufre ninguna pérdida patrimonial puesto que no renuncia a su derecho de crédito. Mediante el «pactum de non petendo» el acreedor simplemente se obliga a no hacer valer su derecho de crédito durante un cierto tiempo. Si contraviene esta obligación, con independencia de que ello determine el nacimiento de una obligación de indemnizar daños y perjuicios⁵⁹, el deudor puede paralizar el ejercicio del crédito oponiéndole la correspondiente excepción⁶⁰. Más dudosa resulta la cuestión cuando el «pactum de non petendo» tiene carácter indefinido y no temporal⁶¹. Este acuerdo es similar en su resultado a la condonación puesto que se pier-

los bienes cedidos y el nominal de sus créditos. Si el deudor realizó la cesión «pro soluto» (y no «pro solvendo» en cuyo caso la cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe de los bienes cedidos) se produce automáticamente la extinción de las primitivas obligaciones (SERNA MEROÑO, «Comentario a la STS 14-9-87, CCJ, 1987, núm. 15, p. 4997»). Pero ello se debe a que la cesión «pro soluto» opera como dación en pago. En realidad no existe aquí verdadera condonación.

⁵⁷ Sólo si los acreedores hubiesen renunciado a la posibilidad de exigir el cobro de sus créditos con posterioridad se produciría igual efecto extintivo que en la condonación (SANCHO REBULLIDA, «Notas sobre la naturaleza jurídica...», cit., p. 150; AMAT I LLARI, ob. cit., p. 239) pero siempre y cuando el deudor hubiese cumplido el convenio (art. 1919).

Téngase en cuenta, en cualquier caso, que algunos autores no consideran aplicable el artículo 1920 a la quita obtenida en convenio anterior al concurso (así LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 301; GULLÓN, «Comentario a los arts. 1911 a 1920 CC» en *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales dirigidos por ALBALADEJO*, t. XXIV, Madrid, 1984, p. 679). En este caso sí se extinguen definitivamente los créditos de los acreedores una vez cumplido el convenio.

⁵⁸ Así, REICHEL, «Der Einforderungsverzicht (pactum de non petendo)» en *Jherjrb*, 1935, t. 85, p. 18.

⁵⁹ La doctrina alemana y suiza estima que el acreedor que vulnera el «pactum de non petendo» está obligado a pagar los daños y perjuicios causados. (REICHEL, ob. cit., p. 19; SIBER, en *Planck's Kommentar zum BGB*, t. II, I.ª parte, 4.ª ed., Berlín, 1914, p. 543; BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2.ª ed., Zürich, 1988, p. 400).

⁶⁰ El deudor está sujeto en primer lugar a hacer valer la excepción. Sólo cuando no la opone en el momento oportuno (se entiende que de modo no culpable) puede exigir indemnización por la vulneración del «pactum». PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 543; REICHEL, ob. cit., p. 19.

⁶¹ REICHEL, ob. cit., p. 18, considera que el «pactum de non petendo» indefinido, realizado gratuitamente, sí conlleva un acto de liberalidad.

de la posibilidad de exigir el derecho de crédito con carácter definitivo⁶². De hecho, en el Derecho histórico español se tendía a equiparar el «pactum» indefinido con la remisión⁶³. Desde el punto de vista procesal cabe, no obstante, establecer alguna diferencia. Señala Gernhuber que, mientras que la condonación constituye un hecho extintivo de la pretensión, el «pactum de non petendo» otorga al deudor una excepción⁶⁴. Por otra parte, dado que el crédito no se ha extinguido cabe la posibilidad de que siga devengando intereses, estando el deudor obligado a pagarlos, si así lo acuerdan las partes, aunque no pueda exigírsele el cumplimiento de la obligación principal⁶⁵. En la medida que el crédito permanezca en el patrimonio del acreedor y conserve su valor económico no puede estimarse la existencia de un verdadero empobrecimiento del acreedor.

Por último queremos hacer constar que la calificación de la condonación como acto de liberalidad en nada empece su carácter de figura autónoma como modo de extinción de obligaciones ni supone en modo alguno su identificación con la donación. Frecuentemente se intenta negar el carácter de liberalidad de la condonación sólo con el fin de evitar que sea equiparada a la donación⁶⁶. Sin embargo, como se ha indicado, la consi-

⁶² En el Derecho suizo se califica por ello este pacto como «Klagverzicht» o renuncia a la acción, mientras que el pacto temporal se califica como «Stundung» o aplazamiento. No obstante, se diferencian en el Derecho suizo dos tipos de aplazamiento. En una modalidad, que equivale al «pactum de non petendo» temporal, se excluye la posibilidad de hacer valer el derecho de crédito por un tiempo determinado. En una segunda modalidad lo que se produce es una exclusión del vencimiento («Fälligkeit») del crédito hasta un determinado momento, es decir, se acuerda un retraso del momento fijado inicialmente para su vencimiento. BÜCHER, ob. cit., pp. 400, 404, 405; GAUCH-SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, 6.ª ed., 1995, p. 221.

En el Derecho alemán se denomina también al «pactum de non petendo» temporal «Stundung». REICHEL, ob. cit., p. 7, niega, sin embargo, que pueda considerarse el pacto indefinido como verdadera renuncia a la acción porque –indica– el acreedor no se ve impedido de ejercitar judicialmente su derecho. Lo que sucede es que su reclamación no prosperará en tanto que el deudor cuenta con la correspondiente excepción.

⁶³ Así, Partida 5, 14, 1: «Quitamiento es cuando fazen pleyto al debdor, de nunca demandar lo quel devia, e le quitan el debdo...»

GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho Civil y penal*, t. II, Madrid, 1874, p. 218; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil y el Código civil e Historia general de la legislación española*, t. IV, 2.ª ed., Madrid, 1899, p. 422.

⁶⁴ GERNHUBER, ob. cit., p. 338. El autor alemán utiliza los términos «Einrede», esto es, excepción, y «Einwendung», que literalmente significa objeción.

⁶⁵ En el Derecho suizo se entiende que el acreedor puede emplear el crédito objeto del «pactum» indefinido para compensarlo con otro que tenga asumido frente al deudor, o transmitirlo a un deudor de su deudor para que sea él quien lo compense. BUCHER, ob. cit., p. 400.

En el Derecho español se opone a esta posibilidad el requisito de exigibilidad de las deudas compensables previsto en el artículo 1196,4, aunque no parece que haya obstáculo que impida admitir en este caso la compensación voluntaria.

⁶⁶ AMAT I LLARI niega que la condonación pueda ser considerada como una liberalidad, aunque luego la califica como «negocio lucrativo» en atención al resultado económico producido (vid. nota 31).

Asimismo, FLORENSA I TOMÀS afirma que la condonación es un negocio «que no tiene siempre por causa la gratuidad» o «el ánimo liberal del remitente» –este autor identifica

deración de un determinado supuesto como liberalidad es útil en cuanto permite aplicarle aquellas normas, previstas para la donación, que tengan como fin la protección de los sujetos que puedan resultar perjudicados por el resultado económico producido.

III. LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO DEL DEUDOR. SU INFLUENCIA EN LA ESTRUCTURA BILATERAL O UNILATERAL DE LA CONDONACIÓN

Como es sabido la remisión del artículo 1187 CC a las formas de la donación ha ocasionado multitud de discusiones en la doctrina española acerca de la unilateralidad o bilateralidad de la condonación. Los autores que han estudiado este tema con mayor profundidad (Amat i Llari, Florensa i Tomás) se inclinan a sostener la naturaleza unilateral de la condonación, la primera identificándola con la renuncia al derecho de crédito, el segundo considerándola un negocio diverso. Se considere o no que la condonación de la deuda es lo mismo que la renuncia al derecho de crédito, lo cierto es que carece de sentido exigir la aceptación del deudor para la eficacia de la condonación si el acreedor puede prescindir totalmente de la voluntad de éste renunciando a su derecho de crédito ex artículo 6,2 CC⁶⁷. Del mismo modo, siendo la renuncia un negocio unilateral no recepticio, no nos parece lógico exigir el carácter recepticio como requisito estructural de la condonación —configurada como negocio unilateral⁶⁸.

La bilateralidad de la condonación sólo podría sostenerse demostrando que las razones que justifican la exigencia de aceptación del deudor impiden la admisibilidad de la renuncia unilateral al derecho de crédito. Esto es lo que sucede en el Derecho francés y alemán. Dado que en tales sistemas la condonación se estructura como negocio bilateral se excluye la posibilidad de renunciar unilateralmente al derecho de crédito.

uno y otro concepto— (ob. cit., pp. 165, 166). Pero, como no puede obviar la existencia de un enriquecimiento-empobrecimiento correlativos, califica este resultado, sorprendentemente, como «inoficiosidad», indicando que el requisito de la «inoficiosidad» es ineludible en toda condonación según el CC ya que justifica la aplicabilidad parcial del régimen de la donación a la condonación (ob. cit., pp. 294, 295, 327, 328).

⁶⁷ No estimamos por ello admisible la opinión de SANCHO REBULLIDA, «Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación», cit., p. 142, que distingue dentro de la figura de la condonación de la deuda varios tipos: la condonación expresa, que exige necesariamente la aceptación del deudor y por tanto se configura como negocio bilateral; la condonación tácita; la renuncia unilateral al derecho de crédito (art. 6.2 CC) y el legado de liberación (arts. 870, 872 CC).

⁶⁸ FLORENSA, ob. cit., pp. 174 ss, utiliza el carácter recepticio como criterio diferenciador entre condonación y renuncia al derecho de crédito. Mientras que, según este autor, la condonación es una declaración unilateral recepticia porque mediante ella el acreedor se inmiscuye en la esfera jurídica del deudor, la renuncia al crédito no tiene carácter recepticio.

Una de las razones principalmente aducidas en favor de la bilateralidad de la condonación es la existencia de enriquecimiento para el deudor y la idea de que nadie puede enriquecerse si no quiere. Dado que hasta ahora hemos venido poniendo de relieve la importancia de este efecto económico conviene analizar si en su virtud habría que considerar la condonación como negocio bilateral. Veamos cuál es la situación en los ordenamientos en que la condonación es un contrato.

En el Derecho francés el carácter bilateral de la condonación se desprende, según los autores, del artículo 1285 CC que define la condonación como «liberación convencional» («décharge conventionnelle») ⁶⁹. La necesidad de aceptación del deudor se ha venido justificando tradicionalmente con base a dos argumentos. Se aduce, por un lado, que la obligación es un vínculo creado entre dos sujetos y por tanto no puede ser disuelto unilateralmente sin consentimiento del deudor ⁷⁰, y por otro, que la remisión implica la imposición de una ventaja al deudor y nadie puede enriquecerse si no quiere ⁷¹. Este último argumento era igualmente empleado por la doctrina italiana posterior al Código de 1865, en el que la condonación asumía también carácter de contrato ⁷². Tal idea tiene su origen en lo postulado por Pothier, quien equiparaba la remisión a la donación en cuanto a su efecto y negaba, frente a la opinión de otros autores, que el acreedor pudiese por su sola voluntad y sin la aceptación del deudor extinguir la obligación ⁷³.

Resulta llamativo, sin embargo, que para la renuncia a los derechos reales no se exija la aceptación del sujeto beneficiado ⁷⁴. En el Derecho francés tanto la remisión de la deuda como la renuncia a los derechos reales limitados se consideran ejemplos de *donaciones indirectas* ⁷⁵, concepto éste que se utiliza para englobar a todos aquellos actos de liberalidad que no pueden considerarse donaciones propiamente dichas. Pese a ello, para la eficacia de la renuncia no se exige la aceptación del sujeto favorecido ⁷⁶. Aunque en nuestra opinión la renuncia a un derecho real no encaja en exactamente en el concepto de acto de liberalidad porque, como se ha dicho, la ventaja que se obtiene es sólo consecuencia indirecta del acto de renuncia, no puede negar-

⁶⁹ CARBONNIER, ob. cit., p. 575; MAZEAUD, p. 1186.

⁷⁰ LAURENT, ob. cit., p. 363, núm. 337; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., p. 96, núm. 1767; BRETON, «Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en Droit civil français», en *Rev. trim. Droit civil*, 1928, p. 280; RAYNAUD, «La renonciation a un droit (sa nature et son domaine en Droit civil)», *Rev. trim. Droit civil*, 1936, t. XXIV, p. 777; POISSON, voz «Remisse de dette», cit., p. 1.

⁷¹ COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 245; MAZEAUD, ob. cit., p. 1191.

⁷² El artículo 1282 CC italiano hablaba igualmente de «liberación convencional». RICCI, ob. cit., p. 386; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. 2.º, en *Il Diritto civile italiano*, dirigido por FIORE y BRUGI, Napoli-Torino, 1925, pp. 279, 280.

⁷³ POTHIER, «Traité des obligations», en *Ouvres de Pothier* anotadas por BUGNET, t. 2.º, París, 1890, p. 326, núm. 614.

⁷⁴ Este hecho ya era puesto de relieve por LAURENT, ob. cit., p. 362, núm. 337.

⁷⁵ Vid. SANTOS MORÓN, ob., cit., p. 125.

⁷⁶ Por todos, DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», en *Encyclopédie Dalloz*, t. VII, p. 2.

se que existe imposición de una ventaja al sujeto que, directa o indirectamente, resulta enriquecido⁷⁷. ¿Por qué se exige la aceptación del sujeto enriquecido en la condonación pero no en la renuncia a derechos reales?

Por lo que respecta al Derecho alemán, el párrafo 397 BGB dispone: «La relación obligatoria⁷⁸ se extingue si el acreedor, mediante contrato, condona la deuda al deudor. Lo mismo vale si el acreedor reconoce por contrato con el deudor que la relación obligatoria no existe». A diferencia de lo que sucede en el Derecho francés esta disposición legal es frecuentemente criticada por la doctrina que no encuentra suficientes razones para justificar la estructura bilateral de la condonación⁷⁹.

Contra la idea de que la obligación es un «vinculum iuris» entre dos sujetos que no puede ser disuelto unilateralmente, se objeta que en el Derecho moderno el crédito se ha convertido en un objeto de valor que puede ser libremente transmitido sin consentimiento del deudor⁸⁰, y que tanto mediante el pago de la deuda por un tercero (párrafo 267 BGB) como mediante un contrato de asunción de deuda (párrafo 414) puede imponerse al deudor la liberación de su obligación⁸¹. De ahí que algún autor sostenga que no es la lógica de la relación obligatoria lo que justifica la bilateralidad de la condonación sino la moderna valoración de la personalidad del deudor⁸².

En cuanto a la idea de que a nadie puede imponérsele una ventaja contra su voluntad, se observa que tal principio no es reconocido por la ley como regla general⁸³. En materia de derechos reales se admite la renuncia unilateral y, sin embargo, el peligro de imponer una ventaja no querida no es aquí menor que en la condonación⁸⁴, lo cual resulta bas-

⁷⁷ En este sentido *vid.* GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en Droit civil*, Paris, 1971, p. 88.

⁷⁸ Aunque el párrafo 397 utiliza el término «Schuldverhältnis» (relación obligatoria), la doctrina observa que se emplea esta expresión en sentido estricto, para aludir a las concretas obligaciones que se derivan del contrato y no a la totalidad de la relación obligatoria que se extingue mediante el denominado «Aufhebungsvertrag», equivalente al mutuo disenso. WALSMANN, *Der Verzicht*, Leipzig, 1912, p. 231.

⁷⁹ GERNHUBER, *ob. cit.*, p. 371; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, 11.ª rev. por Lehmann, trad. española anotada por Pérez y Alguer, 2.ª ed. al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1954, p. 361, nota 1; OERTMANN, *Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse*, 5.ª ed., Berlín, 1928, p. 430.

⁸⁰ WALSMANN, *ob. cit.*, pp. 96, 97.

⁸¹ REICHEL, *ob. cit.*, p. 23, quien indica que no se entiende porqué el acreedor no puede contra la voluntad del deudor condonar la deuda, al menos si la condonación es gratuita. WESTERMANN, en ERMANN, *Handkommentar zum BGB*, t. I, 9.ª ed., Münster, 1993, ex párrafo 397 BGB, p. 861.

También COHN, «Erlass und Verzicht nach dem BGB», *GruchB*, 47, 1903, p. 229, aunque es partidario de la bilateralidad de la condonación, pone de relieve este hecho.

⁸² DU CHESNE, «Begriff und Arten des Verzichtes», *ArchBürgR*, XLII, 1916, pp. 302, 303.

De acuerdo con esta opinión, STAUDINGER-KADUK, p. 668, quien dice que en atención a la personalidad del deudor el acreedor no puede prescindir de su voluntad de persistir o no en la obligación; asimismo, LARENZ, *ob. cit.*, p. 267.

⁸³ WALSMANN, *ob. cit.*, p. 182.

⁸⁴ WACKE, en *Münchener Kommentar*, t. 4.º, 2.ª ed., München, 1986, ex párrafo 875, p. 145.

tante contradictorio. Sirva como ejemplo lo siguiente: La extinción («Aufhebung») de derechos reales limitados recayentes sobre fincas es regulada con carácter general en el parágrafo 875. En principio la renuncia («Verzicht») del titular de un derecho real limitativo del dominio equivale a su extinción («Aufhebung»). Sin embargo esta regla se altera cuando se trata de derechos de garantía. Si el acreedor hipotecario renuncia a su derecho de hipoteca éste se transmite al propietario que adquiere una deuda inmobiliaria de propietario («Grundschuld») –parágrafo 1168, 1–. El derecho de garantía, por tanto, no se extingue. Según el parágrafo 1183 la extinción de la hipoteca a través de negocio jurídico unilateral («Aufhebung») requiere la aprobación del propietario («Zustimmung») ⁸⁵. La necesidad de aprobación del propietario para que el derecho de hipoteca se extinga definitivamente y no le sea transmitido, según la doctrina, protege la expectativa de éste a la adquisición futura de la deuda de propietario ⁸⁶. Se observa, por tanto, que lo que en este caso protege la ley, no es el interés del propietario en *no obtener una ventaja contra su voluntad*, sino su interés en *no ser privado de una ventaja que le viene impuesta por la ley* (parágrafo 1183).

Se explica, por consiguiente, que la doctrina alemana afirme que la dispersa regulación de la renuncia no permite extraer unos principios uniformes ⁸⁷ y que se indique, en definitiva, que la idea de la imposición de una ventaja no querida no se tiene en cuenta por el legislador cuando pretende facilitar el tráfico, siendo postergada en ocasiones ante razones de conveniencia ⁸⁸.

Es importante señalar además que, aunque teóricamente (parágrafo 397) es necesaria la aceptación del deudor para la eficacia de la condonación, esta regla resulta en cierta medida modificada mediante la aplicación del parágrafo 151. En base a este precepto la aceptación de una oferta no tiene que ser declarada cuando conforme a los usos del tráfico tal declaración no es de esperar. Se afirma por consiguiente que si el deudor calla, su silencio –al menos cuando la condonación es gratuita– debe ser interpretado como aceptación ⁸⁹. La necesidad de aceptación del deu-

⁸⁵ La aprobación o «Zustimmung» no debe confundirse con la declaración de aceptación («Annahme») a una oferta de contrato. Se trata de una mera declaración de asentimiento no equiparable al consentimiento contractual. *Vid.* PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 543.

⁸⁶ GURSKY, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, t. 3.º, 10.ª ed., Berlín, 1995, ex parágrafo 875, p. 416; KONZEN, en *Soergel Kommentar zum BGB*, t. 6.º, 12.ª ed., 1989, ex parágrafo 1168, p. 1487.

Suele decirse que la aprobación del propietario a la extinción de la hipoteca implica una renuncia a la adquisición de la deuda de propietario que derivaría de la aplicación del parágrafo 1168. MÜNCHENER-WACKE, ob. cit., p. 145; EICKMANN, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 4.º, 2.ª ed., München, 1986, ex parágrafo 1183, p. 1709.

⁸⁷ MÜNCHENER-WACKE, ob. cit., p. 145; STAUDINGER-GURSKY, ob. cit., pp. 414, 415.

⁸⁸ MÜNCHENER-WACKE, ob. cit., p. 145.

⁸⁹ GERNHUBER, ob. cit., p. 379; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 669; ZEISS, en *Soergel Kommentar zum BGB*, t. 2.º, 12.ª ed., Stuttgart, Berlín, Köln, 1990, ex parágrafo 397, pp. 1813, 1814; HEINRICH, en *Palandt Kommentar zum BGB*, 55.ª ed., München, 1996, ex parágrafo 397, p. 460.

dor se convierte, pues, en definitiva, en una posibilidad de oponerse a la realización de la condonación⁹⁰.

Algo similar ocurre en el Derecho suizo. En este sistema, al igual que en el alemán, la condonación precisa la aceptación del deudor⁹¹. Sin embargo, la aplicación del artículo 6 del Código de obligaciones⁹² determina que se afirme que, como la condonación se realiza en interés del deudor, en tanto que éste no manifieste su rechazo en un término prudente la aceptación ha de presumirse⁹³.

A la vista de lo que sucede en el Derecho alemán y suizo podría pensarse que para proteger los intereses del deudor bastaría con otorgarle la posibilidad de rechazar la condonación⁹⁴. De hecho, este es el sistema previsto en el Código civil italiano de 1942.

El nuevo Código italiano establece en su artículo 1236 que «la declaración del acreedor de remitir la deuda extingue la obligación cuando es comunicada al deudor, salvo que éste declare en un término prudente no querer aprovecharse de la misma». Aunque hay quien defiende que esta facultad de oponerse del deudor constituye una participación directa y efectiva del mismo en el negocio, que debe considerarse un contrato, la doctrina entiende mayoritariamente que este precepto establece el carácter unilateral de la condonación. Se entiende que la declaración del acreedor y la eventual oposición del deudor son negocios unilaterales autónomos. La extinción de la obligación se produce como consecuencia de la declaración del acreedor. La eventual oposición del deudor opera como condición resolutoria o «evento neutralizador» de la eficacia de la renuncia. La condonación supone, por tanto, la existencia de dos negocios unilaterales coligados⁹⁵.

⁹⁰ WALSMANN, ob. cit., p. 232, señala que si el sentido y finalidad de la exigencia de contrato es que el deudor no pueda ser forzado a aceptar la liberación de su obligación, esta finalidad se cumple si el deudor al recibir la oferta de condonación puede expresar su declaración de rechazo. No es necesario que efectivamente acepte la condonación. Si calla puede apreciarse la aceptación en su silencio.

⁹¹ El artículo 115 del Código de Obligaciones suizo requiere para la extinción («Aufhebung») del crédito —el precepto se refiere al crédito y no a la obligación— un acuerdo («Übereinkunft»).

⁹² El artículo 6 OR dice que «Si a consecuencia de la específica naturaleza del negocio o de las circunstancias no hay que esperar una aceptación expresa, vale el contrato como concluido (“abgeschlossen”) cuando la oferta no se rechaza en un plazo prudente».

⁹³ VON THUR-ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, t. II, 3.^a ed., Zürich, 1974, p. 175; BUCHER, ob. cit., p. 401; GAUCH-SCHLUEP, ob. cit., p. 217.

⁹⁴ Así lo observa LARENZ, ob. cit., p. 267, quien, aun considerando justificada la bilateralidad de la remisión, indica que habría bastado con que la ley diera al deudor la posibilidad de rechazarla.

⁹⁵ También hay autores que consideran preferible entender que la declaración del acreedor está sujeta a la condición suspensiva de que el deudor no se oponga en un término prudente.

Vid. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, pp. 252 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 465, nota 17; GRACCOBBE y GUIDA, voz «Remissione», cit., pp. 772 ss.; TILOCCA, ob. cit., pp. 412 ss.; DI PRISCO, ob. cit., pp. 290, 297.

Hemos visto que al argumento que más frecuentemente se utiliza para sustentar la bilateralidad de la condonación, esto es, que nadie puede enriquecerse si no quiere, se opone el hecho de que se admita la renuncia unilateral a los derechos reales. En realidad lo que puede justificar la bilateralidad de la condonación no es tanto la existencia de un enriquecimiento para el deudor –también existe enriquecimiento en la renuncia a los derechos reales– sino el *modo* en que se produce ese enriquecimiento. Mientras que en la renuncia a los derechos reales la ventaja que pueda obtener el tercero es ocasional y extrínseca al acto de renuncia y no es un efecto directo de éste (de ahí que no pueda conceptuarse en principio como acto de liberalidad) la ventaja que obtiene el deudor en la remisión es consecuencia directa del negocio⁹⁶. Como ya se puso de relieve en el anterior apartado, la extinción de la obligación del deudor es el efecto propio de la remisión y no un efecto reflejo o indirecto del negocio, como sostienen algunos autores. En la renuncia a los derechos reales el renunciante extingue el vínculo que le une con la cosa. De la extinción del mismo puede derivarse un beneficio para un tercero. En la condonación el remitente extingue el vínculo que le une con otro sujeto⁹⁷. Su declaración de renuncia tiene por tanto un reflejo en el ámbito jurídico ajeno. Ello explica que en los Ordenamientos en que se exige la aceptación del deudor para la eficacia de la condonación se admita la renuncia unilateral a los derechos reales.

Lo decisivo no es el hecho de que se produzca un enriquecimiento para el deudor, sino el hecho de que la declaración de renuncia del acreedor incide directamente en la esfera jurídica ajena⁹⁸ y «ninguna modificación de la esfera jurídica de una persona, aunque sea ventajosa, puede verificarse sin el consentimiento del interesado»⁹⁹. Tampoco justifica la bilateralidad de la condonación la idea de que el vínculo jurídico no puede disolverse unilateralmente porque para su constitución es necesario el consentimiento del deudor. En tal caso los créditos no contractuales, por ejemplo, los derivados de culpa extracontractual, deberían seguir un régimen distinto¹⁰⁰. La razón sólo puede encontrarse en el hecho de que el acto del acreedor afecta la esfera jurídica de otro¹⁰¹, incide en su

⁹⁶ MACIOCE, voz «Renuncia», cit., pp. 931 ss; BENEDETTI, «Struttura della remissione», *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1962, vol. II, p. 1305.

Así, señala RAYNAUD, «La renonciation a un droit», cit., p. 782, que para que fuese necesaria la aceptación del beneficiario en todo negocio de renuncia sería necesario que el enriquecimiento se produjera directamente.

⁹⁷ LAURENT, ob. cit., p. 363, núm. 337.

⁹⁸ GRAMMATIKAS, ob. cit., pp. 79 ss.

⁹⁹ ZATTI, *Diritto privato (Diritto civile)*, t. II, Padova, 1983, p. 171.

¹⁰⁰ WALSMANN, ob. cit., p. 181; GRAMMATIKAS, ob. cit., pp. 88, 89.

¹⁰¹ En este sentido señala TILOCCA, ob. cit., p. 403, texto y nota 1, que la consideración de que la remisión afecte o no a la esfera jurídica del deudor es importante. Si se piensa que sólo surte un efecto reflejo en la esfera del deudor como sucede con la renuncia a los derechos reales se tiende a mantener la unilateralidad de la condonación. Si por el contrario se piensa que tiene un efecto directo se tiende a justificar la contractualidad de la remisión.

En la misma línea, observa DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 2, que el que la renuncia sea «un acto abdicativo que no afecta a la esfera jurídica de otro» justifica «que se encarne en una manifestación de voluntad unilateral». Sin embargo, conti-

patrimonio extinguiendo su obligación. Y cabe la posibilidad de que el deudor tenga interés en el mantenimiento de ésta.

En definitiva la estructuración de la condonación como negocio unilateral o bilateral depende de cómo se valoren los intereses en conflicto¹⁰²: de una parte, el interés del acreedor en despojarse de su derecho de crédito y el –más que probable– coincidente interés del deudor en obtener la liberación sin cumplimiento; de otra, al eventual interés del deudor en el cumplimiento o, al menos, en no ser liberado mediante la condonación de la obligación¹⁰³. En el esquema contractual los intereses primeramente indicados se supeditan al interés del deudor en el cumplimiento. En el esquema unilateral, en cambio, es este último interés el que no se considera merecedor de tutela¹⁰⁴. De ahí que se afirme por parte de la doctrina italiana que el esquema adoptado en el Código civil de 1942 es el que mejor permite conciliar los intereses en juego: se considera prevalente el interés del acreedor y el interés del deudor en conseguir la liberación sin tener que cumplir la obligación –que es el que con toda probabilidad se dará más frecuentemente– y secundario y subordinado el posible interés del mismo en el cumplimiento¹⁰⁵.

Por lo que respecta al Derecho español, de sostenerse la estructura bilateral de la condonación habría que negar la posibilidad de renunciar unilateralmente al derecho de crédito¹⁰⁶ y ello no resulta fácilmente admisible a la vista del artículo 6, 2 CC que no hace ninguna excepción en relación a los derechos de crédito. Teniendo en cuenta que las razones que justifican la bilateralidad de la condonación son: *a*) el hecho de que el acreedor se inmiscuye en el patrimonio del deudor y afecta su esfera jurídica y *b*) la existencia de un posible interés del deudor en el cumplimiento, no parece que pueda mantenerse en nuestro Derecho la necesidad de aceptación del deudor para la eficacia de la condonación. En cuanto a la primera razón, la propia ley permite en otros supuestos la ingerencia del acreedor en la esfera jurídica del deudor. Mediante la asunción de la deuda por un tercero (art. 1205) el acreedor puede liberar al deudor sin su consentimiento. Por tanto, no parece que el legislador haya considerado necesario preservar el ámbito jurídico del deudor. De hecho, se afirma que la posición de preeminencia que ostenta el acreedor

núa: «la estructura unilateral no conviene en aquellos casos en que la prerrogativa abandonada afecta intereses de otra persona», supuesto éste en el que incluye la condonación de la deuda.

¹⁰² Para SERNA MEROÑO, «Notas sobre la remisión de la deuda», cit., pp. 821, 826, la determinación de la estructura unilateral o bilateral de la remisión sólo puede hacerse teniendo en cuenta el tipo de obligación a que se refiere ya que estima que la valoración de los intereses en juego no puede ser la misma en las obligaciones de dar, hacer o no hacer.

¹⁰³ TILOCCA, ob. cit., pp. 403, 404; MACIOCE, ob. cit., p. 937; DI PRISCO, ob. cit., p. 301.

¹⁰⁴ BENEDETTI, ob. cit., p. 1303.

¹⁰⁵ TILOCCA, ob. cit., p. 405; BENEDETTI, ob. cit., p. 1304; GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 774; DI PRISCO, ob. cit., pp. 301, 302.

¹⁰⁶ Incluso aunque se piense que la condonación y la renuncia al crédito son negocios diferentes.

en la obligación le permite disponer de ésta e incluso disponer de la esfera jurídica del deudor¹⁰⁷. En cuanto a la segunda razón, la doctrina española coincide en afirmar que el deudor tiene derecho a liberarse pero no tiene un derecho subjetivo al cumplimiento¹⁰⁸. El acreedor tiene la carga de colaborar en el cumplimiento del deudor y facilitarle la liberación, pero no tiene un deber de aceptar el pago ofrecido por el deudor, aun en el caso de que éste sea objetivamente regular¹⁰⁹. Si existiera un derecho del deudor a cumplir la prestación estaría protegido directa o indirectamente por el Ordenamiento¹¹⁰. A lo dicho cabe añadir que, con el pretexto de proteger al deudor, la necesidad de aceptación para la eficacia de la condonación lleva frecuentemente a perjudicarlo. Así ocurrirá siempre que el acreedor se arrepienta de su decisión tras efectuar la condonación y pretenda cobrar el crédito¹¹¹, supuesto éste que se ha pretendido solventar haciendo uso del principio de buena fe y de protección de la confianza¹¹².

En cualquier caso, aunque nos parece indudable que el deudor no tiene un derecho subjetivo al cumplimiento, pensamos que sí puede tener un «interés jurídicamente relevante» en que la obligación no se extinga mediante la condonación¹¹³. En nuestro Derecho se soluciona la hipótesis en que el deudor pueda sufrir algún perjuicio a consecuencia de la condonación indicando que el artículo 6, 2 declara la invalidez de las renunciaciones

¹⁰⁷ FLORENSA, ob. cit., pp. 150 ss.

¹⁰⁸ ALBALADEJO, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 120; DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 469 ss.; GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., pág. 326; AMAT I LLARI, ob. cit., p. 62; FLORENSA I TOMÁS, ob. cit., pp. 167 ss.

¹⁰⁹ CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid, 1988, pp. 118 ss.

¹¹⁰ AMAT I LLARI, ob. cit., pp. 70, 71.

¹¹¹ Señala CAFFARENA, *La solidaridad de deudores; excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980, p. 287, que «el deudor, que es la persona a cuyo favor se aducen las razones de la imposibilidad de una renuncia del crédito, va a ser el que en la realidad quedará perjudicado la mayoría de las veces por la inoperatividad de la declaración de su acreedor».

¹¹² DÍEZ-PICAZO, *Estudios de jurisprudencia civil*, vol. 1.º, Madrid, 1974, p. 524, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. 2.º, *Derecho general de las obligaciones*, Barcelona, 1976, p. 435, mantienen que la condonación debe considerarse irrevocable, con independencia de que haya sido o no aceptada por el deudor, cuando la manifestación de voluntad del acreedor haya despertado en el deudor una razonable confianza en su liberación o cuando una reclamación ulterior suponga una contravención de la buena fe.

¹¹³ Téngase en cuenta que al deudor puede no interesarle la condonación de su obligación por motivos fiscales.

Imaginemos, por otra parte, el supuesto en que un empresario teatral contrata a un actor desconocido para que represente, en sustitución del actor principal que se encuentra enfermo, el papel protagonista en una obra de gran éxito. Si el empresario condona al indicado actor su obligación indicándole que no tiene ya que actuar debido, por ejemplo, al pronto restablecimiento del principal, puede pensarse que ello le perjudica ya que, aun en el caso en que a pesar de ello el empresario abone el sueldo acordado, pierde la oportunidad de ser conocido.

También cabe la posibilidad de que el deudor al que se le condona la deuda pueda sentirse, en determinadas circunstancias, coaccionado moralmente frente al acreedor en cuanto al desarrollo de cierta conducta a la que, como consecuencia de la remisión, podría sentirse obligado.

que perjudiquen a tercero¹¹⁴, y que puede decretarse la nulidad del negocio por causa ilícita ex artículo 1275 CC¹¹⁵. No obstante, puede haber casos en que ambos preceptos no permitan proteger adecuadamente el interés del deudor en la no extinción de la obligación por no apreciarse un perjuicio efectivo, en el sentido de valorable económicamente, para éste¹¹⁶.

Resumiendo todo lo expuesto, si se tienen en cuenta los distintos Ordenamientos analizados, y a la vista de lo que sucede en el Derecho alemán y suizo donde en la práctica la necesidad de aceptación del deudor se convierte en una posibilidad de rechazarla, hay que concluir que el sistema que adopta la solución más acertada es el italiano por lo que entendemos que, «de lege ferenda», podría abogarse por su aceptación¹¹⁷.

IV. REQUISITOS DEL NEGOCIO

1. REQUISITOS SUBJETIVOS

Se entienda o no que la condonación equivale a la renuncia al derecho de crédito no hay duda que supone la realización de un acto de disposición sobre el crédito. El sujeto legitimado para realizar la condonación es naturalmente el titular del mismo. En este sentido ya Gutiérrez Fernández incluía entre los «requisitos para la remisión» que «sólo puede autorizarla el verdadero acreedor»¹¹⁸.

En virtud de un poder de representación un tercero puede estar legitimado para realizar la condonación (legitimación indirecta). Giacobbe y Guida, partiendo de la caracterización de la condonación como acto neutro o abstracto, que puede obedecer a distintas causas¹¹⁹, estiman que no puede calificársela «a priori» como acto de extraordinaria administración, aunque cuando la remisión se concrete en una liberalidad indirecta tendría tal carácter¹²⁰. Allara entiende, sin embargo, que la condonación, en cuanto negocio renunciativo, e «independientemente de su causa onerosa o gratuita», excede siempre de la ordinaria administración¹²¹.

¹¹⁴ CAFFARENA, *La solidaridad de deudores*, cit., p. 286.

¹¹⁵ CAFFARENA, *La solidaridad de deudores*, cit., p. 286. FLORENSA I TOMÀS, ob. cit., p. 142, aplica el criterio de ilicitud de la causa al supuesto en que, según algunos autores, la remisión pueda considerarse contraria a la moral por lesionar el honor del deudor implicando para éste un acto de humillación. (En este sentido, MANRESA, ob. cit., p. 776.)

¹¹⁶ Así en los supuestos apuntados en segundo y tercer lugar en la nota 113.

¹¹⁷ En este sentido se pronuncia BLASCO GASCÓ, «Reflexiones acerca de la condonación de la deuda», en *ADC*, 1990, t. XLIII, pp. 65 ss.

¹¹⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Estudios de Derecho Civil español*, t. IV, reimp. Valladolid, 1988, p. 158.

¹¹⁹ *Supra*, apartado II.

¹²⁰ GIACOBBE Y GUIDA, ob. cit., p. 784.

¹²¹ ALLARA, ob. cit., p. 233. BIANCA, ob. cit., p. 471, opina también que es un acto de extraordinaria administración.

En nuestra opinión y, dado que estimamos que la condonación típica es siempre un negocio gratuito (la condonación realizada a cambio de contraprestación, si bien es posible, no es verdadera y propia condonación) que implica la realización de un acto de liberalidad, hay que considerarla como un acto de disposición o de extraordinaria administración¹²². El poder para remitir un crédito ha de ser un poder especial y expreso¹²³. Dado que la condonación implica un empobrecimiento para el acreedor en beneficio de otro sujeto, parece necesario que sea el acreedor el que decida en cada caso el crédito objeto de extinción no siendo posible otorgar a un representante un poder general para condonar (del mismo modo que tampoco cabe esta posibilidad para donar)¹²⁴.

En cuanto a los requisitos de capacidad, es necesario que el acreedor tenga capacidad para disponer del derecho de crédito de que se trate¹²⁵ a título gratuito¹²⁶. En aquellos sistemas, como el francés, en que se configura la condonación como un negocio bilateral, se exige también que el deudor tenga la capacidad necesaria para aceptar una donación¹²⁷. Tal exigencia no es necesaria, naturalmente, si se parte de la naturaleza unilateral de la donación¹²⁸, aunque también en este caso son aplicables a la remisión las prohibiciones que impiden recibir liberalidades a determinados sujetos. Ello es así porque de otro modo se estaría permitiendo que a través de una figura distinta a la donación, pero con la que se obtiene el mismo resultado económico, se burlen las prohibiciones legalmente establecidas¹²⁹. El hecho de que la condonación sea un negocio extintivo y no atributivo como la donación en nada obsta a la aplicación de la prohibición¹³⁰ puesto que ésta tiende a impedir un efecto económico: el enriquecimiento de ciertos sujetos, con independencia de cuál sea el objeto de ese enriquecimiento.

¹²² GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 154, decía que «un simple apoderado o administrador, y aun el tutor o curador carecen de este derecho porque semejantes personas tienen poder para administrar pero no para dar y la remisión es una donación».

¹²³ Así lo entendía POTHIER, ob. cit., núm. 619, p. 331, partiendo de la consideración de la condonación como acto de liberalidad. Asimismo, DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 389, p. 280; GIORGI, ob. cit., p. 372.

¹²⁴ Vid. TORRENTE, «La donazione», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo, Milano, 1956, p. 351.

¹²⁵ Señala LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 317, que es necesaria la capacidad de obrar adecuada al crédito renunciado (por ej. mayoría de edad para condonar el crédito hipotecario) y disposición sobre el mismo.

¹²⁶ Suele observarse que si la condonación se realiza a título oneroso (en cuyo caso, como se ha dicho, se está en realidad ante otra operación jurídica) basta la capacidad de disponer general, aplicándose las reglas de los contratos onerosos. DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 388, p. 280; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 367.

¹²⁷ LAURENT, ob. cit., núm. 336, p. 361; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1769, p. 99; AUBRY ET RAU, ob. cit., núm. 324, p. 201; MAZEAUD, ob. cit., p. 1187; POISSON, ob. cit., pp. 1, 2.

¹²⁸ Así en el Derecho italiano, TILOCCA, ob. cit., p. 410; GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 784.

¹²⁹ CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1387; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 317; TILOCCA, ob. cit., p. 410.

¹³⁰ De opinión contraria, FLORENSA I TOMÁS, ob. cit., p. 258, nota 53.

2. REQUISITOS OBJETIVOS

En general se entiende que puede ser condonado todo tipo de créditos, con independencia de cual sea el objeto de la prestación –dar¹³¹, hacer o no hacer algo– siempre y cuando el derecho de que se trate pueda ser objeto de renuncia¹³².

El objeto de la condonación es siempre uno o varios créditos individuales. La extinción de la total relación obligatoria sólo puede llevarse a cabo mediante «mutuo disenso»¹³³. La condonación de una obligación nacida de un contrato bilateral no implica la extinción de la recíproca¹³⁴. Aunque se entienda que el acreedor, en virtud del poder de disposición que ostenta sobre el crédito, puede inmiscuirse en el patrimonio del deudor y extinguir su obligación, dicho poder no le permite extinguir el derecho de crédito ajeno. Por otra parte, en el supuesto en que las partes estuviesen de acuerdo en la extinción de ambas obligaciones, la condonación de una de ellas no tendría carácter gratuito puesto que la extinción de la propia obligación operaría como contraprestación. El negocio no sería una verdadera condonación. Se trataría más bien de un contrato extintivo de la relación obligatoria en su conjunto, es decir, de un supuesto de «mutuo disenso»¹³⁵.

¹³¹ En los sistemas como el francés donde los derechos reales se transmiten consensualmente se plantea un problema cuando se trata de condonar una obligación de dar derivada de un contrato traslativo. Lo que puede condonar el acreedor es en realidad a la pretensión de entrega de la cosa ya que es propietario de la misma desde la celebración del contrato. La condonación de tal obligación no resuelve sin embargo la propiedad ya adquirida. Para ello se considera necesario un nuevo contrato que opere la «retraslación» de la propiedad al deudor y que no tiene efectos retroactivos (no desaparecen los efectos de la adquisición de la propiedad durante el tiempo intermedio). LAURENT, ob. cit., núm. 346, p. 371; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1773, p. 100; POISSON, ob. cit., p. 2.

¹³² CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1378; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 317; TILOCCA, ob. cit., p. 409; GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 784.

¹³³ La doctrina alemana insiste en la necesidad de distinguir la condonación del contrato extintivo («Aufhebungsvertrag») o «contrarius consensus» que tiene como objeto la entera relación obligatoria instaurada entre acreedor y deudor. Sólo cuando la relación obligatoria se agota en un único crédito la condonación tiene la misma eficacia que éste. GERNHUBER, ob. cit., p. 367; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 667; VON FELDMANN, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 2.º, 3.ª ed., München, 1994, ex párrafo 397 BGB, p. 1550.

¹³⁴ BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1772, p. 100, decía que la remisión de una obligación nacida de un contrato bilateral no ejecutado seguidamente por ninguna de las partes, a falta de una contraria voluntad expresa, hace presumir la liberación de la obligación recíproca.

Contra GIORGI, ob. cit., p. 373.

¹³⁵ LAURENT, ob. cit., núm. 346, p. 372, afirma que la condonación de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral debe hacerse por mutuo disenso. POISSON, ob. cit., p. 2, indica que es necesaria una doble remisión lo que constituye una disolución del contrato.

En el Derecho alemán WALSMANN, ob. cit., p. 234, indica igualmente que en los contratos recíprocos, cuando deben ser extinguidas las obligaciones de ambas partes, se requieren dos contratos de condonación, aunque indica que es preferible acordar un contrato único de extinción de la total relación obligatoria («Aufhebungsvertrag»).

Se admite la posibilidad de condonar créditos ilíquidos y sujetos a condición o a término ¹³⁶. Tratándose de un crédito bajo condición suspensiva cabe pensar que la remisión de tal crédito supone un aplazamiento del efecto extintivo hasta que se verifique o no el evento condicionante. Sin embargo parece más correcta la opinión que estima que la condonación de un crédito bajo condición suspensiva puede tener ya efectos inmediatos centrados en la extinción del derecho en que consiste la tutela del acreedor «pendiente condicione», operando como evento impeditivo (aun en el supuesto en que se verificara la condición) del nacimiento del crédito ¹³⁷. En este sentido estima Florensa i Tomàs que las partes están desvinculadas desde el momento de la declaración remisiva sin necesidad de esperar al cumplimiento de la condición. Ahora bien, como observa Caffarena, los efectos de la condonación serán diferentes según que cumpla o no la condición ¹³⁸. El enriquecimiento del deudor no puede valorarse de igual modo si la condición llega a cumplirse que si nunca se cumplió.

La doctrina italiana actual admite la posibilidad de renunciar a créditos futuros siempre que se trate de derechos determinados o suficientemente determinables ¹³⁹. En el Derecho español hay quien ha negado tal posibilidad basándose en la aplicabilidad a la condonación de las normas de la donación y, concretamente, del artículo 635 CC que prohíbe la donación de bienes futuros ¹⁴⁰. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que parte de la doctrina actual estima que el artículo 635 CC no prohíbe donar un bien futuro individualmente considerado sino que lo que prohíbe es donar todos los bienes futuros, además de los presentes ¹⁴¹. En realidad la prohibición del artículo 635 tiene sentido partiendo de la concepción de la donación en el Código civil como negocio inmediatamente traslativo. Configurada como tal es evidente que no puede recaer sobre un bien futuro. Pero sí es posible en tanto se admita la donación obligacional.

¹³⁶ AUBRY Y RAU, ob. cit., núm. 323, p. 201; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 317; CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1388; TILOCCA, ob. cit., p. 410; GIACOBBE Y GUIDA, ob. cit., p. 784. PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 543; GERNUBER, ob. cit., p. 347; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1550.

¹³⁷ En este sentido, ALLARA, ob. cit., pp. 247, 248.

¹³⁸ CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1388.

¹³⁹ ALLARA, ob. cit., p. 299; TILOCCA, ob. cit., p. 410; DI PRISCO, ob. cit., p. 291; BIANCA, ob. cit., p. 471; GIACOBBE Y GUIDA, ob. cit., pp. 784, 785.

En el Derecho francés se manifiestan afirmativamente en relación a la renuncia de derechos futuros, LESSONA, «Essai d'une Théorie générale de la renonciation en Droit civil», *Riv. trim. Droit civil*, 1912, t. XI, pp. 364 ss.; RAYNAUD, ob. cit., pp. 792, 793.

¹⁴⁰ MANRESA, ob. cit., p. 781; FLORENSA I TOMÀS, ob. cit., p. 263.

¹⁴¹ ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por ALBALADEJO*, t. VIII, 2.º, Madrid, 1986, pp. 216 ss.; LACRUZ-RAMS ALBESA, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, cit., p. 98, dice, igualmente, que el artículo 635 no impide «la donación obligacional de bienes que no tiene el donante pero puede adquirir; la prohibición pretende cerrar el paso a los pactos sucesorios, y, adicionalmente, a la enajenación de un activo patrimonial que todavía no se ha adquirido».

La posibilidad de condonar un crédito futuro se considera admisible en nuestro Derecho ¹⁴² pese a ser la condonación un negocio dispositivo. Cabe pensar, sin embargo, que la remisión de un crédito futuro no es tal remisión puesto que no genera ningún efecto extintivo ¹⁴³. Tampoco puede configurarse como declaración de no querer adquirir el derecho (como en los supuestos de repudiación ¹⁴⁴) porque éste todavía no existe y no ha sido deferido. En realidad, como observa la doctrina alemana, la condonación de un crédito futuro, aunque es posible, tiene como consecuencia la imposibilidad de nacimiento del derecho. De ahí que se diga que la denominada «condonación anticipada» («antizepiertes Erlass») no es tal condonación sino, especialmente cuando se refiere a pretensiones contractuales todavía no nacidas, un negocio modificativo o configurador de la situación jurídica preexistente ¹⁴⁵. Se indica en consecuencia que en la renuncia a intereses futuros no existe ninguna «condonación anticipada» sino simplemente una modificación («Abänderung») de la relación obligatoria ¹⁴⁶ y que las cláusulas de exclusión de responsabilidad no son supuestos de remisión. A través de ellas se excluye el juego de las reglas en virtud de las cuales llegaría a tener existencia el crédito en cuestión, se elimina la base o causa de nacimiento de la correspondiente pretensión («Anspruchsgrundlagen») ¹⁴⁷.

Puede ocurrir que el crédito que se pretenda condonar esté gravado con un derecho de prenda o de usufructo. En este caso la condonación sólo es posible si se cuenta, respectivamente, con el consentimiento del acreedor pignoraticio o cesionario del crédito en garantía, o con el del usufructuario ¹⁴⁸. Recuérdese que el artículo 6.2 CC declara inválidas las renunciaciones hechas en perjuicio de tercero.

La condonación puede ser tanto total como parcial. Entre los autores alemanes hay quien afirma que cabe condonar el capital con subsistencia de la obligación de pago de los intereses ¹⁴⁹, considerando alguno tal acuerdo como un supuesto de condonación parcial ¹⁵⁰. Sin embargo, siendo la obligación de intereses una obligación accesoria que se extingue a consecuencia de la extinción del crédito principal, dicho convenio debe ser calificado como un «pactum de non petendo» indefinido o perpetuo. De otro modo no habría base alguna para seguir exigiendo el pago de los

¹⁴² LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 317; CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1388.

¹⁴³ BOZZI, voz «Rinunzia» (Dir. pubblico e privato) en *Novissimo Digesto italiano*, t. XV, p. 1142, en relación a la renuncia a derechos futuros en general.

¹⁴⁴ Sobre las diferencias entre el concepto de renuncia y repudiación *vid.* ROGEL VIDE, «Renuncia y repudiación de la herencia» en RGLJ, 1980, núm. 3, pp. 223 ss.

¹⁴⁵ GERNHUBER, ob. cit., pp. 376, 377; PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 543; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 676; ERMANN-WESTERMANN, ob. cit., p. 862.

En el mismo sentido en el Derecho suizo, BUCHER, ob. cit., p. 400.

¹⁴⁶ WALSMANN, ob. cit., p. 233.

¹⁴⁷ WALSMANN, ob. cit., p. 233; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1550.

¹⁴⁸ Así, VON THUR-ESCHER, ob. cit., p. 176; ENGEL, *Traité des obligations en Droit suisse*, Neuchâtel, 1973, p. 513.

¹⁴⁹ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 674.

¹⁵⁰ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1551.

intereses. Se trataría, según Reichel, de un «*pactum de non petendo*» de carácter oneroso, operando el pago de los intereses como contraprestación de la renuncia al ejercicio del crédito¹⁵¹. No obstante, no parece admisible que la obligación de pagar intereses se prolongue por tiempo indefinido, siendo necesario que se pacte por tiempo determinado o se otorgue al deudor la posibilidad de liberarse de tal obligación¹⁵².

3. ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO

En general se admite la posibilidad de sujetar la condonación a término o a condición. Algunos autores consideran admisible tanto la condición suspensiva como la resolutoria¹⁵³. En principio el efecto resolutorio resulta contrario al propio concepto de renuncia (si se identifica la condonación con la renuncia, claro está)¹⁵⁴ y parece incompatible con el efecto extintivo propio de la remisión. Observa Gernhuber en este sentido que, dado que el cumplimiento de la condición supone el nuevo nacimiento de la pretensión, no puede estimarse la existencia de una verdadera voluntad condonante¹⁵⁵. Parte de la doctrina alemana opina en consecuencia que tal acuerdo no determina la extinción de la obligación sino simplemente la renuncia al ejercicio del crédito en tanto no se cumpla la condición («*pactum de non petendo*» bajo condición resolutoria)¹⁵⁶. Es concebible, sin embargo, que un sujeto tenga una verdadera voluntad de favorecer al deudor liberándole de su obligación y que, no obstante, tenga interés en establecer una condición resolutoria, por ejemplo, si se prevé como evento condicionante el que el acreedor sufra problemas económicos y devenga insolvente, que tenga más hijos y aumenten sus necesidades, etc. De admitirse esta posibilidad el problema es determinar qué sucede si se cumple la condición. ¿Renace automáticamente el derecho de crédito previamente extinguido? ¿Con qué contenido? Algunos autores alemanes partidarios de la posibilidad de sujetar la condonación a condición resolutoria estiman que, de verificarse el

¹⁵¹ REICHEL, ob. cit., p. 17; OERTMANN, ob. cit., p. 397.

La doctrina suiza pone como ejemplo de supuesto en que conviene al interés de las partes acordar un «*pactum de non petendo*» indefinido y no una condonación el de la subsistencia de la obligación de pago de los intereses. VON THUR-ESCHER, ob. cit., p. 177; BUCHER, ob. cit., p. 400.

¹⁵² En este sentido ERMAN-WESTERMANN, ob. cit., p. 862.

¹⁵³ BIANCA, ob. cit., p. 49, estima que la verificación de la condición hace revivir el crédito pero no las garantías prestadas por terceros.

¹⁵⁴ GRAMMATIKAS, ob. cit., pp. 149, 150.

¹⁵⁵ En el Derecho español, AMAT I LLARI, ob. cit., pp. 225 ss., opina que la condonación no puede estar sujeta a condición resolutoria por ser contradictoria con el carácter abdicativo de la institución. En cuanto a la condonación sujeta a condición suspensiva, dice que, durante la pendencia de la condición, hay que estimar que el negocio tiene la misma fuerza que si se hubiera acordado un «*pactum de non petendo*» ya que no cabe exigir el pago antes de la verificación de la condición (el pago hecho en estas circunstancias sería, en su opinión, repetible).

¹⁵⁶ MÜNCHENER-VON FELDMAN, ob. cit., p. 1550; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 676.

evento condicionante, es necesario el restablecimiento de la deuda mediante la conclusión de un nuevo contrato otorgado en la forma necesaria, en su caso, para el nacimiento de la correspondiente obligación¹⁵⁷. En nuestra opinión, para el restablecimiento de la deuda no debería ser preciso el otorgamiento de un nuevo contrato aunque, obviamente, habrá que atender a lo manifestado por el acreedor condonante. Por lo que respecta al contenido de la obligación condonada, pensamos que la remisión efectuada extingue definitivamente las garantías (reales o personales) que hubiesen existido (art. 1190 CC), que no renacen como consecuencia de la resolución de la remisión por la verificación del evento condicionante.

Por otra parte, si bien es perfectamente admisible que la eficacia de la condonación quede aplazada hasta un determinado momento (condonación sujeta a término inicial), creemos que no cabe sujetarla a término final. Quien establece un plazo final no quiere en realidad abandonar su crédito ni extinguir la obligación sino simplemente aplazar el momento de su exigibilidad¹⁵⁸. El acuerdo sólo sería válido, por tanto, como «pactum de non petendo» temporal.

Dentro de la hipótesis de condonación sujeta a condición suspensiva puede incluirse la condonación cuya eficacia se subordina a que muera el acreedor. En el Derecho alemán se observa que este acuerdo admite dos posibles modos de configuración:

– Si se pacta simplemente que la deuda no debe extinguirse sino cuando muera el acreedor, debe entenderse que se trata de una condonación de eficacia aplazada, esto es, sujeta a término inicial (la muerte es un evento seguro, no incierto) y no de una condonación condicional.

– Si, en cambio, se estipula que la deuda sólo se extingue a la muerte del acreedor pero, siempre y cuando el deudor le sobreviva, hay que estimar que se trata de una condonación sujeta a condición suspensiva (la premoriencia del acreedor)¹⁵⁹.

No es éste el lugar oportuno para entrar en la polémica acerca de si lo dispuesto en el artículo 620 supone o no la supresión de la donación «mortis causa» como figura autónoma, quedando convertida en una disposición testamentaria más. No obstante, cabe preguntarse si los supuestos de condonación cuya eficacia queda supeditada a la muerte del donante deberían ser considerados como liberalidades «mortis causa», debiendo aplicarse por analogía el artículo 620 CC. Y ello con independencia de que se interprete que la remisión del artículo 629 a las reglas de las disposiciones testamentarias se refiere a toda la normativa en esta materia, o sólo a la que sea compatible con su carácter de «donación»¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Así PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 543; COHN, ob. cit., p. 630.

¹⁵⁸ GERNHUBER, ob. cit., pp. 382, 383; WALSMANN, ob. cit., p. 233; GRAMMATIKAS, ob. cit., p. 150, en relación a la renuncia en general. AMAT I LLARI, ob. cit., p. 225.

¹⁵⁹ GERNHUBER, ob. cit., p. 352.

¹⁶⁰ Es sabido que frente a la postura de VALLET, «La donación “mortis causa” en el Código civil español» en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 111 ss., 253 ss.,

En primer lugar debe tenerse en cuenta que en el Derecho alemán sólo se considera donación «mortis causa» («Schenkungsversprechen von Todes wegen») la promesa de donación ¹⁶¹ que, además de no ser eficaz hasta la muerte del donante, se sujeta a la condición de que el donatario le sobreviva. Si la eficacia de la donación no queda subordinada a esta última condición se considera un negocio «inter vivos» y, por tanto, una donación de eficacia meramente aplazada. En este caso el donatario adquiere ya durante la vida del donante una pretensión que, en el supuesto de que el donatario premuera, se transmite a sus herederos. Cuando se trata de verdadera donación «mortis causa» el donatario no adquiere sin embargo ninguna pretensión, ni siquiera una expectativa protegida jurídicamente, hasta el momento de la muerte del donante ¹⁶².

Partiendo de esta diferenciación, el supuesto primeramente analizado (condonación aplazada a la muerte del acreedor) es considerado en el Derecho alemán como una donación «inter vivos» (téngase en cuenta que el concepto de donación vigente en el Derecho alemán es equivalente al concepto latino de acto de liberalidad) ¹⁶³. No se considera exigible, sin embargo, la forma requerida en el párrafo 518 para la promesa de donación porque la condonación es un negocio dispositivo y no obligatorio. De ahí que sea válida la condonación realizada en cualquier forma, extinguiéndose el crédito de manera inmediata una vez producida la muerte del acreedor ¹⁶⁴.

Por lo que respecta a la segunda hipótesis, condonación bajo condición de que el deudor sobreviva al acreedor, se estima que encaja en el concepto de donación «mortis causa». Según el párrafo 2301 BGB a la donación «mortis causa» se le aplican las reglas de las disposiciones por causa de muerte («Verfügungen von Todes wegen»), lo que significa que debe ser realizada en la forma del contrato sucesorio («Erbvertrag») ¹⁶⁵,

buena parte de la doctrina sostiene que la donación «mortis causa» se rige en todo, incluida la forma y estructura del negocio, por las reglas de las disposiciones testamentarias, de manera que queda equiparada al legado de liberación. Por todos, ROCA SASTRE, «La donación mortis causa» en *Estudios de Derecho privado*, vol. II.2, Madrid, 1948, pp. 563 ss.; ALBALADEJO, «Comentario a los arts. 620-621», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 1580 ss.

¹⁶¹ La denominada promesa de donación es en realidad una donación obligacional que se opone a la donación real (Realschenkung) equivalente a la donación manual o inmediatamente ejecutada.

¹⁶² BROX, *Erbrecht*, 16.^a ed., Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, pp. 457, 458; EDENHOFER, en *Palandt Kommentar zum BGB*, 55.^a ed., München, 1996, ex párrafo 2301 BGB, pp. 2112, 2113; SCHMIDT, en *Erman Handkommentar zum BGB*, t. II, 9.^a ed., Münster, 1993, ex párrafo 2301 BGB, pp. 1975, 1976; MUSIELAK, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. VI, München, 1989, ex párrafo 2301 BGB, pp. 1623-1625.

¹⁶³ Al no existir la donación como contrato típico encajan dentro de esta figura también aquellos negocios que en el Derecho francés, italiano o español, constituyen actos de liberalidad atípicos (denominados usualmente «donaciones indirectas»).

¹⁶⁴ EHLERS, «Nota a la S. 15-6-49», *JR*, 1950, p. 86; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 677; LZ, 1914, p. 762 (nota a la S. 23-1-1914).

¹⁶⁵ El contrato sucesorio debe ser concluido ante notario en presencia simultánea de ambas partes (párrafo 2276).

aunque según algunos autores también puede ser realizada en la forma del testamento –teniendo por tanto, en este caso, la donación carácter unilateral¹⁶⁶.

En el Derecho español se consideran características de la donación «mortis causa»: a) que la donación se otorgue en atención a la muerte del donante, b) necesidad de que el donatario sobreviva al donante, c) libre revocabilidad por parte del donante. Si el donante queda vinculado ya declarando la donación irrevocable, aun cuando los efectos adquisitivos queden aplazados a la muerte del donante, la donación es «inter vivos»¹⁶⁷.

Por tanto, si el acreedor manifiesta que la obligación no se extinguirá hasta su muerte pero no supedita tal efecto a que el deudor le sobreviva –ni cabe deducir tal circunstancia de la interpretación de su declaración de voluntad– la condonación deberá considerarse un negocio «inter vivos» de eficacia aplazada. Aunque el deudor muera antes que el acreedor el crédito se extinguirá a la muerte de éste no transmitiéndose a sus herederos.

Si la voluntad del acreedor es que el efecto extintivo se produzca a su muerte pero siempre que el deudor le sobreviva, la condonación deberá considerarse una liberalidad «mortis causa», a no ser que deba entenderse que el acreedor se considera definitivamente vinculado y excluye la posibilidad de revocación, en cuyo caso la liberalidad ha de considerarse «inter vivos» y no «mortis causa».

Hay que tener en cuenta, no obstante, que el párrafo segundo del párrafo 2301 dispone que cuando la donación «mortis causa» se ejecuta durante la vida del donante se aplican las reglas de las donaciones «inter vivos».

Cuando el objeto de la donación (*rectius*: acto de liberalidad) «mortis causa» es la condonación de un crédito se interpreta que la donación se ejecuta inmediatamente. Ello se debe a que la condonación es un negocio dispositivo y, por tanto, no es precisa ninguna otra actuación del donante o sus herederos para que se consuma el acto de liberalidad.

En consecuencia, en cuanto a la forma, se le aplica la normativa de las donaciones «inter vivos». En cuanto a los efectos, la extinción del crédito se produce inmediatamente a la muerte del acreedor. (En la genuina donación «mortis causa» el donatario sólo adquiere, a la muerte del donante, una pretensión a la ejecución de la donación).

EHLERS, ob. cit., p. 86; BROX, ob. cit., pp. 458, 469; KANZLEITER, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, t. V, 12.^a ed., Berlín, 1983, ex párrafo 2301 BGB, pp. 243, 245; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 677.

¹⁶⁶ Algunos autores estiman que cuando la donación no observa la forma del contrato sucesorio, en cuyo caso sería nula, puede ser mantenida como disposición testamentaria (conversión) siempre que respete la forma prescrita para el testamento. STAUDINGER-KANZLEITER, p. 240.

Otros entienden que no es necesario acudir a la conversión del negocio y afirman que la donación «mortis causa» puede tener carácter unilateral siendo suficiente que se realice en la forma requerida para el testamento. Así, BROX, ob. cit., p. 466; MÜNCHENER-MUSIELAK, ob. cit., pp. 1624, 1625.

¹⁶⁷ ROCA SASTRE, ob. cit., pp. 565, 566; VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., pp. 135, 136; ; ALBALADEJO, ob. cit., p. 1583; LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, 5.^a ed., Barcelona, 1993, p. 173; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol. II, cit., p. 350.

V. EL PROBLEMA DE LA FORMA DEL NEGOCIO. LA COEXISTENCIA DE LA CONDONACIÓN EXPRESA, COMO NEGOCIO FORMAL, CON LA CONDONACION TÁCITA

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El artículo 1187 CC dispone que la condonación puede hacerse expresa o tácitamente pero sujeta la condonación expresa a las reglas de forma de la donación. Tal disposición provoca perplejidad si se tiene en cuenta que la donación es un negocio solemne siendo requerida la forma escrita—documento privado o escritura pública según que tenga como objeto bienes muebles o inmuebles (arts. 632, 633 CC)— como presupuesto de validez.

Si el artículo 1187 CC se remite a las reglas de forma de la donación lo lógico es pensar que tal remisión se refiere tanto al contenido de la exigencia de forma como al carácter constitutivo de ésta. Lo lógico es entender, en otras palabras, que la condonación no sólo debe ajustarse a los requisitos formales establecidos en los artículos 632 y 633 CC sino que, además, la omisión de dicha forma ocasiona la sanción prevista en tales preceptos.

Si ello es así no se entiende cómo es posible que el propio artículo 1187 admita la posibilidad de que la condonación se realice tácitamente. Como regla general las declaraciones tácitas de voluntad son admisibles siempre que, además de no exigirse legalmente que la declaración sea expresa, no se exija una forma específica para la declaración de voluntad ¹⁶⁸. La incoherencia en que incurre este precepto es palpable en la medida que cualquiera puede burlar las reglas limitativas de forma con tal de hacer la condonación tácitamente ¹⁶⁹. Sin embargo, la doctrina permanece en su mayoría indiferente ante esta contradicción.

Se ha interpretado, con objeto de salvar la contradicción que resulta del artículo 1187, que las reglas de forma de la donación, en su aplicación a la condonación de la deuda, no tienen carácter de requisitos sustanciales sino meramente «ad probationem» ¹⁷⁰, entendiéndose que el negocio puede existir en cualquier forma en que quede patente la voluntad remissoria ¹⁷¹.

¹⁶⁸ EHRlich, *Die stillschweigende Willenserklärung*, reimp. de la ed. 1893, Berlín, 1970, p. 53; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, *Parte general*, vol. 2.º, 1.ª parte, trad. española anotada por PÉREZ Y ALGUER, 3.ª ed. al cuidado de HERNÁNDEZ MORENO y GETE-ALONSO, Barcelona, 1981, p. 176.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., p. 339; TORRES LANA, ob. cit., p. 267.

¹⁷⁰ La expresión forma «ad probationem» se emplea en nuestro Derecho en sentido impropio, para aludir a aquella exigencia de forma que no tiene carácter constitutivo y sólo tiene como fin el facilitar la prueba del negocio.

¹⁷¹ Así lo entiende BLASCO GASCÓ, «Reflexiones acerca de la condonación de la deuda», cit., pp. 72, 73. Señala este autor que «si entendemos que el artículo 1187 CC se

En nuestra opinión esta interpretación no es aceptable porque toda exigencia de forma responde a una concreta finalidad y, como ahora se dirá, la finalidad que se persigue con la imposición de los requisitos formales de la donación sólo se cumple si la forma es requisito constitutivo del negocio.

En primer lugar y aunque con carácter general la renuncia es en la mayoría de los ordenamientos un negocio no formal, hay quien se pronuncia a favor de la necesidad de sujetarla a una forma específica. Se aduce que de este modo se protege al renunciante, llamando su atención sobre el acto de abandono de su derecho que realiza, y se protege además a los terceros, puesto que, siendo la renuncia un negocio unilateral, les conviene saber cuál es el momento exacto en que se emite la declaración de voluntad y deben producirse sus efectos¹⁷². La admisibilidad de las renunciaciones tácitas, se ha dicho, encierra graves peligros puesto que el interesado en la renuncia tenderá frecuentemente a apreciar en el comportamiento del titular del derecho tal voluntad aunque éste carezca en realidad de intención alguna de abandono¹⁷³. De hecho, este argumento ha llegado a utilizarse para justificar la bilateralidad de la renuncia al derecho de crédito, aduciéndose que, siendo la renuncia contractual, el peligro al que hemos hecho referencia es menor ya que la oferta debe ser expresada claramente y la intención del renunciante puede ser tomada equívocamente con menos facilidad. Sin embargo, como observa Walsmann, en tanto se admita la conclusión tácita del contrato de condonación la finalidad perseguida imponiendo su estructura bilateral difícilmente se consigue. El resultado indicado debe ser procurado por la ley exigiendo la formalización de la condonación (se conciba ésta como negocio unilateral o bilateral)¹⁷⁴.

Puede observarse que la exigencia de una concreta forma para la condonación, en tanto renuncia al derecho de crédito, no se encuentra injustificada. Pero el hecho de que el legislador español no se haya limitado a imponerle una forma cualquiera sino que le imponga la forma de la donación (al tiempo que la sujeta a las reglas que rigen las donaciones inoficiosas) demuestra que la concibe como un acto de liberalidad y que, como

refiere a las formas de la donación, tanto a las formas externas o estructura cuanto a su valor esencial, solemne y constitutivo, la contrariedad de admitir la condonación tácita no parece salvable. Sin embargo, si interpretamos la expresión "ajustarse a las formas de la donación" en el sentido de sujetar la condonación expresa a la estructura exterior del negocio (al rito, a la que podemos denominar forma de la forma) y, por tanto, otorgándole un valor *ad probationem* y no constitutivo, entonces sí podríamos conformar y coordinar la existencia de la condonación tácita junto con la expresa y el sometimiento de ésta a las formas de la donación».

¹⁷² Vid. DREIFFUS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, París, 1985, p. 72.

¹⁷³ Frente a lo indicado en el texto, FLORENSA I TOMÀS, ob. cit., p. 207, a nuestro entender incorrectamente, justifica la admisibilidad de la condonación tácita diciendo que, como viene dada por actos o comportamientos a los que debe añadirse las circunstancias del caso para eliminar toda duda acerca de la existencia de la hipotética condonación, adquiere naturaleza indubitada de manera más palmaria que en el supuesto de la pura declaración.

¹⁷⁴ WALSMANN, ob. cit., p. 183.

tal, la mira con disfavor en atención al perjuicio patrimonial que supone para el acreedor remitente.

En otros Ordenamientos, concretamente en el Derecho francés e italiano, la remisión se considera una donación indirecta. El concepto de «donación indirecta» es una creación francesa, recogida posteriormente en la doctrina italiana, que surgió con objeto de englobar aquellos actos de liberalidad que no encajan en el esquema de la donación típica y a los que se pretende dotar de un régimen uniforme.

Tanto en el Derecho francés como en el italiano a los supuestos que se califican como donación indirecta se les viene aplicando un régimen en cierta medida unitario: se consideran sujetos a las reglas de fondo de la donación (normas materiales sobre revocación, colación, reducción por inoficiosidad, etc.) pero no a las reglas de forma ¹⁷⁵. De ahí que en uno y otro Ordenamiento la condonación no deba observar la forma de la donación aunque se le aplique parte de su régimen jurídico.

Sin embargo, el legislador español ha previsto expresamente que la condonación está sometida, no sólo a las normas materiales aplicables a la donación, sino también a los requisitos formales exigidos para ésta. Ello implica que el legislador entendió que para la adecuada protección de los intereses en juego no bastaba la aplicación de las reglas de fondo de la donación sino que era necesario además aplicar la exigencia de forma ¹⁷⁶. Ahora bien, la protección que con las reglas de forma de la donación se pretende dispensar descansa en su carácter de requisitos «ad substantiam» o constitutivos. En consecuencia, cuando de condonación se trate, esta protección sólo se consigue, igualmente, si la forma constituye presupuesto de validez del negocio remisorio.

En nuestra opinión la única solución coherente a la contradicción que plantea el artículo 1187 CC es entender que cuando dicho precepto se refiere a la condonación tácita, con esta expresión alude exclusivamente a la conducta prevista en el artículo 1188 (art. 1191 para la condonación de la garantía prendaria) como presunción de condonación, de manera que el único modo de condonar tácitamente la deuda es el expresamente previsto en la ley como presunción de condonación. Aceptando esta interpretación no podría ya pensarse que el legislador, al tiempo que sujeta la condonación expresa a limitaciones de forma, facilita el medio para eludir tal limitación (remitiendo la deuda a través de cualquier manifestación tácita de voluntad). La condonación realizada a través de la conducta expresamente regulada en la ley no deja de cumplir la exigencia de forma sino que cumple «otro» requisito de forma, distinto del exigido para la condonación expresa.

La doctrina mayoritaria rechaza, sin embargo, que la condonación tácita pueda identificarse con el comportamiento predeterminado en el

¹⁷⁵ Vid. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos*, cit., pp. 124 ss.

¹⁷⁶ Sobre el fundamento y finalidad de la solemnidad de la donación, vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 119, 120.

artículo 1188 CC. La generalidad de los autores viene manteniendo que en nuestro Derecho existen tres tipos de condonación: expresa, tácita y la denominada «condonación presunta». Mientras que la condonación tácita es la realizada a través de cualquier comportamiento concluyente, la condonación presunta es la derivada del desarrollo de las conductas reguladas en los artículos 1188 y 1190 CC ¹⁷⁷.

Contra la posible equiparación de la condonación tácita con la presunta se aduce que ello «equivaldría a confundir la noción de lo tácito con la de lo presunto» ¹⁷⁸ y que el Código no limita los supuestos de condonación tácita ¹⁷⁹ ni equipara la condonación tácita a los supuestos de hecho de los que se deduce una presunción ¹⁸⁰.

Tales objeciones, como seguidamente se verá, no nos parecen en absoluto convincentes. En favor de la consideración de la condonación tácita y la realizada a través de los comportamientos regulados como presunciones de condonación como modos diferentes de remitir la deuda podría, sin embargo, argumentarse que en el Derecho histórico español y en el Proyecto de 1851 se calificaba como condonación tácita la realizada mediante la entrega del documento justificativo del crédito, equiparación que desapareció en el Anteproyecto de 1888, que reguló en precepto aparte la presunción de condonación. Consideramos por ello conveniente examinar los antecedentes históricos en relación a esta cuestión. No obstante, dado que la regulación del Código francés y del Código italiano de 1865 influyó decisivamente en la reglamentación establecida en los distintos Proyectos de Código civil quizá convenga, por razones expositivas, hacer previamente un somero examen de la regulación de esta materia en otros Ordenamientos.

2. DERECHO COMPARADO.

A) Derecho francés.

El código francés no regula la forma de la condonación. Se limita a establecer en sus artículos 1282 y 1283 sendas presunciones de liberación, la primera por la entrega voluntaria del título original privado al deudor, y la segunda por la entrega de la copia ejecutoria o primera copia

¹⁷⁷ SCAEVOLA, ob. cit., pp. 1055, 1056; GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., pp. 331, 342; BLASCO GASCÓ, «Las presunciones de condonación» cit., p. 1266; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 316; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 563, 564; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 143, entiende, además, que la condonación expresa que no respete la forma de la donación puede valer como condonación tácita.

TORRES LANA, ob. cit., p. 266, aunque acepta esta tripartición hace notar que «la triple distinción no tiene excesiva virtualidad» ya que no resulta «nada fácil imaginar supuestos de condonación tácita basados en hechos distintos a los que prevén los arts. 1188 y 1191».

¹⁷⁸ SCAEVOLA, ob. cit., p. 1056.

¹⁷⁹ MANRESA, ob. cit., p. 333.

¹⁸⁰ Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 563.

(«grosse») de la escritura pública en que se documente la obligación¹⁸¹. La presunción de liberación por entrega del documento privado justificativo del crédito tiene carácter «iuris et de iure»; la derivada de entrega de la copia de la escritura pública tiene carácter «iuris tantum».

Como se ha dicho anteriormente, en el Derecho francés la condonación no se considera sujeta a la forma de la donación. Con independencia de que ello se deba a que se le aplica el régimen creado para las denominadas «donaciones indirectas», se aduce en apoyo de esta afirmación que de los citados artículos 1282 y 1283 se desprende que la condonación puede hacerse tácitamente y «dar efecto a una voluntad manifestada tácitamente significa admitir que la expresión de esta voluntad no está sujeta a ninguna condición particular de forma»¹⁸².

La remisión puede hacerse, por tanto, tanto expresa como tácitamente. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en el Derecho francés rige un sistema de prueba tasada de modo que los contratos de valor superior a una determinada cantidad¹⁸³ deben ser probados documentalmente. La necesidad de forma escrita con carácter «ad probationem» implica que cuando dicha forma es precisa no es admisible ni la prueba de testigos ni la de presunciones¹⁸⁴. Ello plantea lógicamente un grave problema en cuanto a la prueba de la condonación tácita ya que si la obligación condonada supera la cifra establecida en la ley y las partes no han redactado un escrito con objeto de preconstituir la prueba de la remisión¹⁸⁵, resulta sumamente difícil demostrar que la misma efectivamente se llevó a cabo¹⁸⁶.

Precisamente para facilitar la prueba a los particulares y evitar las dificultades a que tendría que enfrentarse el juez para apreciar la existencia de la condonación tácita —observa la doctrina francesa— el legislador francés previó en los artículos 1282 y 1283 sendas presunciones legales¹⁸⁷ de

¹⁸¹ Artículo 1282: «La entrega voluntaria del título original en documento privado («titre original sous signature privée») por el acreedor al deudor, hace prueba de la liberación».

Artículo 1283: «La entrega voluntaria de la copia ejecutoria (“grosse”) del título hace presumir la remisión de la deuda o el pago, sin perjuicio de la prueba en contrario».

¹⁸² BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1769, pag. 99; LAURENT, ob. cit., núm. 335, p. 359; WEILL y TERRÉ, ob. cit., p. 1117; CARBONNIER, ob. cit., p. 576; POISSON, ob. cit., p. 2.

¹⁸³ 150 francos en la redacción original del Código, 5.000 francos en la actualidad. (art. 1341 CC)

¹⁸⁴ Salvo que exista un principio de prueba por escrito o se esté ante alguna de las excepciones previstas en la ley. Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 33, 34.

¹⁸⁵ El artículo 1341 CC francés, que prohíbe probar por testigos «toutes choses» que exceda de 5.000 francos (esta es la cifra actualmente fijada), se considera aplicable tanto a los contratos como a los negocios unilaterales, de manera que aunque se considerara la condonación como un negocio unilateral estaría sujeta a tal precepto. Debe tenerse en cuenta además que según la doctrina francesa esta disposición es aplicable tanto al negocio constitutivo de la obligación como a los actos o negocios posteriores (pago, remisión) dirigidos a extinguir la obligación.

¹⁸⁶ La prueba sólo podría realizarse acudiendo a la confesión judicial o al juramento decisorio.

¹⁸⁷ Según el artículo 1353 CC francés las presunciones «que no son establecidas por la ley» sólo son admisibles cuando la ley admite la prueba de testigos. Sin embargo, según

liberación, partiendo de hechos que permiten interpretar con certidumbre la existencia de voluntad de extinguir la obligación y, donde las partes pueden justamente no proveerse de la prueba necesaria¹⁸⁸. Las presunciones de los artículos 1282 y 1283 CC implican, pues, una excepción a la necesidad de prueba escrita¹⁸⁹, en la medida que constituyen, por sí mismas, un medio de prueba de la existencia de condonación tácita¹⁹⁰.

Los supuestos previstos en los artículos 1282 y 1283 no son, según la doctrina francesa, los únicos posibles casos de condonación tácita. Sin embargo, fuera de tales supuestos, la prueba de la misma es sumamente difícil ya que cuando la obligación supera la cantidad fijada en la ley sólo puede demostrarse la realización de la condonación documentalmente¹⁹¹.

El sistema de tasa de la prueba vigente en el Derecho francés explica por qué habitualmente se dice que el fundamento de la presunción de condonación por entrega del título justificativo del crédito se encuentra en que el acreedor se ve en la imposibilidad de probar su derecho de crédito. Así ocurre efectivamente en el Derecho francés¹⁹², aunque esta afirmación no es del todo cierta en el Derecho español donde en principio son admisibles todos los medios de prueba. Asimismo explica la distinta eficacia de la presunción por entrega del documento privado original y por entrega de la copia de la escritura pública. En el primer caso la presunción es «iuris et de iure» («irrefragable» dicen los autores franceses) porque el acreedor efectivamente pierde el arma defensiva de su derecho. En el segundo caso tiene carácter «iuris tantum» porque la escritura matriz permanece en poder del notario. Al entregar la primera copia de la misma el acreedor no queda desprovisto del medio de prueba documental si bien la ejecución del crédito le será más difícil¹⁹³.

Aunque esta cuestión la examinaremos con más detenimiento en un posterior apartado hay que señalar aquí que tanto el artículo 1282 como el artículo 1283 CC francés establecen, no una presunción de *condonación*, sino una presunción de *liberación*, liberación que puede deberse tanto al pago como a la remisión¹⁹⁴.

el artículo 1352 «La presunción legal dispensa de toda prueba a aquel en beneficio del cual existe».

¹⁸⁸ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 637; POISSON, ob. cit., p. 3; MAZEAUD, ob. cit., p. 1188.

¹⁸⁹ DEMOLOMBE, ob. cit., p. 284.

¹⁹⁰ LAURENT, ob. cit., núm. 357, p. 382.

¹⁹¹ BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1779, p. 99; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4.º, 7.ª ed., París, 1873, núm. 798, p. 640; LAURENT, ob. cit., núm. 347, pp. 372, 373.

¹⁹² Hay que recordar, no obstante, que, en cualquier caso, puede recurrir a la confesión judicial y al juramento decisorio.

¹⁹³ LAURENT, ob. cit., núm. 340, pp. 365, 366; núm. 366, pp. 393, 394; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1776, pp. 103, 104; MAZEAUD, ob. cit., pp. 1189, 1190; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 640; CARBONNIER, ob. cit., p. 576.

¹⁹⁴ El artículo 1282 emplea expresamente el término «liberación». El artículo 1283 dice que la entrega de la copia de la escritura pública hace presumir «la remisión de la deuda o el pago».

Este hecho ocasionó abundantes discusiones entre los primeros comentaristas del Código civil. Para unos debía presumirse en principio el pago y no la remisión por ser el modo normal de extinguirse la obligación¹⁹⁵. Para otros el deudor podía invocar a su elección uno u otro modo de liberación, no siendo admisible la prueba en contrario para el acreedor o los terceros más que en caso de fraude¹⁹⁶. Había quien pensaba que la presunción tenía distinto significado en las relaciones entre acreedor y deudor y entre el deudor y los terceros¹⁹⁷. Laurent estimaba que habían de aplicarse las reglas generales de la prueba de manera que debía probar el pago o la condonación aquel que lo alegara. Fue la opinión de Laurent la que finalmente prevaleció. La doctrina moderna afirma que es aquel que invoque uno u otro modo de liberación quien debe probarlo¹⁹⁸. Lógicamente, la prueba del modo de liberación es libre ya que de otro modo resultaría inútil la previsión del legislador como medio de facilitar la prueba de la condonación tácita¹⁹⁹.

B) Derecho italiano

a) Código Civil de 1865

La situación en el Derecho italiano posterior al Código de 1865 era similar a la descrita en relación al Derecho francés. En este Código se estableció, al igual que en el Código de Napoleón, una presunción de liberación, con carácter «iuris et de iure»²⁰⁰ determinada por la entrega del título original del crédito en documento privado (art. 1279)²⁰¹. No recogió sin embargo este Código la presunción «iuris tantum» contenida en el artículo 1283 CC francés, relativa a la entrega de la primera copia de la escritura pública²⁰².

La ley no sujetaba la remisión a ninguna exigencia de forma para su validez. Tampoco se consideraban aplicables a la misma las reglas de forma de la donación²⁰³. La remisión podía realizarse tanto expresa como tácitamente²⁰⁴. Ahora bien, al igual que en el caso francés, la prue-

¹⁹⁵ MARCADÉ, ob. cit., núm. 795, pp. 687, 688.

¹⁹⁶ AUBRY ET RAU, ob. cit., núm. 323, p. 208.

¹⁹⁷ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 432 ss.; pp. 308 ss.

¹⁹⁸ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 641; POISSON, ob. cit., p. 3; CARBONNIER, ob. cit., p. 577; MAZEAUD, ob. cit., p. 1191; WEILL y TERRÉ, ob. cit., p. 1120.

¹⁹⁹ MAZEAUD, ob. cit., p. 1191.

²⁰⁰ GIORGI, ob. cit., p. 383; RICCI, ob. cit., p. 389; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 572.

²⁰¹ Decía este precepto: «La restitución voluntaria del título original del crédito bajo forma privada, hecha por el acreedor al deudor, constituye la prueba de la liberación, tanto en favor del mismo deudor, como en el de los codeudores *in solidum*».

²⁰² Según GIORGI, ob. cit., p. 384, la restitución de la copia ejecutiva de la escritura pública podía constituir una presunción simple de liberación aunque el Código no la mencionase.

²⁰³ Ya hemos dicho que se la consideraba una donación indirecta y éstas no quedan sujetas a las reglas de forma de la donación.

Vid. PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 573; GIORGI, ob. cit., pp. 372, 373; RICCI, ob. cit., pp. 385, 386; LOMONACO, ob. cit., pp. 278, 279; RUGGIERO, ob. cit., p. 240.

²⁰⁴ LOMONACO, ob. cit., p. 286; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 570.

ba de la condonación tácita se enfrentaba a las dificultades derivadas de la existencia de un sistema de tasa de la prueba que impedía admitir la prueba de testigos y presunciones cuando el valor de la obligación condonada superaba una determinada cantidad ²⁰⁵. En consecuencia, sólo podía deducirse la existencia de remisión tácita en los casos en que era admisible la prueba de presunciones (en los mismos supuestos que la de testigos) ²⁰⁶, es decir, cuando la obligación fuese de valor inferior a la cifra fijada en la ley ²⁰⁷. La presunción legal por entrega del título privado del crédito permitía pues acreditar la existencia de condonación tácita fuera de las hipótesis en que era admisible la prueba de testigos y la de presunciones.

La presunción contenida en el artículo 1279 era una presunción de «liberación» en sentido genérico. Podía tener como base tanto el pago como la condonación. Como en el Derecho francés, ello ocasionó abundantes discusiones doctrinales ²⁰⁸.

b) *Código Civil de 1942*

En el nuevo Código civil italiano la remisión, que se continúa considerando una donación indirecta, tampoco está sujeta a ninguna forma particular para su validez. Se discute, no obstante, si le es aplicable, en su caso, la forma requerida para el negocio del que surge la obligación remitida ²⁰⁹ lo que se debe a que en el Derecho italiano se tiende a extender la forma requerida para un concreto negocio a los negocios accesorios o modificativos del mismo ²¹⁰. Cuando se trata de la condonación de un crédito hipotecario se afirma que la forma es libre porque la extinción de la garantía tiene lugar como consecuencia refleja y ulterior de la extinción de la obligación ²¹¹

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la condonación está sujeta a las reglas generales sobre la prueba. En el Derecho italiano actual rige un sistema muy similar al instaurado en el CC 1865 siguiendo al CC francés, de manera que los contratos de valor superior a 5.000 liras deben ser probados por escrito. La limitación probatoria afecta en principio sólo a los contratos (art. 2721 Codice civile), no a los negocios unilaterales, por lo que al configurar el artículo 1236 la remisión como un negocio unilateral podría sustraerse a esta regla. Sin embargo, el artículo 2726 dispone expresamente que «las normas establecidas para la prueba testifical de los contratos se aplican también al pago y a la remisión de la deuda». Ello

²⁰⁵ 500 liras, según el artículo 1341 CC

²⁰⁶ LOMONACO, ob. cit., pp. 297, 298

²⁰⁷ O salvo que existiera un principio de prueba por escrito, ya que en tal caso se hacía una excepción a la prohibición de prueba testifical o de presunciones. Cfr. artículo 1347 CC 1865.

²⁰⁸ Cfr. RICCI, ob. cit., p. 389; GIORGI, ob. cit., p. 338. *Vid. infra*, apartado VI, 3.

²⁰⁹ Mantienen la solución afirmativa, GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., pp. 785, 786. Es de la opinión contraria, MICCIO, *I diritti di credito*, vol. I, Torino, 1971, p. 461.

²¹⁰ *Vid.* SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 43, 44.

²¹¹ TILOCCA, ob. cit., pp. 408, 409; DI PRISCO, ob. cit., p. 292.

significa que aunque se admite tanto la condonación expresa como la tácita, en el Derecho italiano actual la prueba de esta última se enfrenta igualmente con las dificultades a que ya hemos hecho referencia ²¹².

El artículo 1237 CC establece en su párrafo primero una presunción de liberación («iuris et de iure») por entrega del título original del crédito en documento privado. Em el párrafo segundo establece otra presunción de liberación (en este caso con carácter «iuris tantum») ²¹³ derivada de la entrega de la copia ejecutiva de la escritura pública –presunción que, como se recordará, fue desechada por los redactores del CC 1865–.

C) Derecho alemán y suizo

En el Derecho alemán la condonación es un negocio no formal con independencia de cuál sea el objeto de la obligación extinguida y con independencia de la finalidad negocial ²¹⁴. Cuando se realiza a título gratuito, es decir, cuando el negocio causal precedente es de carácter gratuito, no le es aplicable la exigencia de forma prevista en el parágrafo 518 BGB (documentación notarial de la declaración del donante) ²¹⁵. A dicha forma sólo está sujeta la promesa de donación («Schenkungsversprechen») o donación obligatoria, pero no la donación inmediatamente ejecutada. Al ser la condonación un negocio dispositivo implica la ejecución de la «donación» (en rigor, del acto de liberalidad) y por tanto es válida cualquiera que sea su forma de celebración ²¹⁶. En consecuencia se afirma que la condonación puede ser concluida a través de cualquier comportamiento concluyente.

La doctrina alemana hace una relación de los supuestos más comunes de condonación tácita, que se analizarán en el correspondiente apartado. Entre los ejemplos más frecuentes cabe destacar aquí la entrega de recibo («Quittung») o la devolución del título de la obligación («Schuldschein») al deudor cuando no ha existido previo pago de la deuda ²¹⁷.

Por otra parte, el parágrafo 397, 2 BGB equipara el reconocimiento negativo de deuda al contrato de condonación. El contrato de reconocimiento negativo puede realizarse, al igual que la condonación, en cualquier forma, no estando sujeto a la prescripción formal establecida en el

²¹² GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 786.

²¹³ GIACOBBE y GUIDA, p. 786; PERLINGIERI, ob. cit., p. 245.

²¹⁴ No obstante en algún caso la jurisprudencia ha exigido la aplicación de la forma prevista en el parágrafo 313 BGB para la condonación de la obligación de pago del precio derivada del contrato de compraventa de una finca. Vid. GERNHUBER, ob. cit., pp. 378, 379.

²¹⁵ Téngase en cuenta que en el Derecho alemán la donación no es un negocio típico. En el concepto de donación establecido en el parágrafo 516 BGB encaja toda atribución patrimonial gratuita que implique la existencia de un enriquecimiento-empobrecimiento correlativos, ya se lleve a cabo mediante aumento del activo patrimonial de un sujeto, ya mediante disminución del pasivo. Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 115.

²¹⁶ WALSMANN, ob. cit., p. 234; ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht*, t. I, *Allgemeiner Teil*, vol. 1.º, 7.ª ed., Heidelberg, 1992, p. 338; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., núm. 4, p. 1814.

²¹⁷ Vid. *infra*, apartado V, 5, B, y apartado VI, respectivamente.

parágrafo 781 BGB (documentación de la declaración de reconocimiento) para el contrato de reconocimiento positivo ²¹⁸.

Por lo que respecta al Derecho suizo, en él la condonación no está sujeta a ninguna forma específica. Tampoco cuando la forma fuese necesaria para el contrato constitutivo de la obligación o cuando las partes voluntariamente hubiesen documentado tal contrato. Por tanto, se afirma que la condonación puede concluirse tácitamente ²¹⁹.

Es de notar que el artículo 89 del Código de obligaciones recoge una presunción de extinción de la obligación derivada del comportamiento consistente en la restitución por el acreedor al deudor del título de la obligación («Schuldschein») ²²⁰. Esta regla guarda una cierta analogía con la contenida en los Códigos francés e italiano en la medida que sienta únicamente una presunción de que la obligación se ha extinguido, ya sea a través del cumplimiento, ya sea a través de otro medio de extinción. Se trata, sin embargo, de una presunción «iuris tantum». La norma no contiene ninguna presunción en cuanto a la causa determinante de la extinción de la deuda. Para la prueba de dicha causa de extinción se aplican las reglas generales ²²¹.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A) Derecho romano y Derecho histórico español

En el Derecho romano clásico la condonación se realizaba mediante negocios dirigidos originariamente a constatar el hecho del pago que con posterioridad se emplearon para conseguir el efecto liberatorio sin satisfacción del deudor. Tales eran la «solutio per aes et libram» también denominada «nexi liberatio» (aplicable fundamentalmente a las obligaciones nacidas del «nexum») y la «acceptilatio» (aplicable a las nacidas por «stipulatio»). Ambas eran negocios solemnes. Junto a estas figuras se reconocía el «pactum de non petendo» que no precisaba ninguna forma específica ²²². En el Derecho postclásico la remisión sufrió un proceso de transformación. Se efectuaba a través del «pactum» indefinido —en virtud

²¹⁸ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 680; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1552; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1815.

²¹⁹ VON THUR-ESCHER, ob. cit., pp. 174, 175; BUCHER, ob. cit., p. 40; GAUCH-SCHLUEP, ob. cit., p. 219; ENGEL, ob. cit., p. 512.

²²⁰ Esta presunción se basa en lo dispuesto en el artículo precedente. El artículo 88 OR dispone que «el deudor que paga tiene derecho a exigir un recibo («Quittung») y, si la deuda se extingue integralmente, la entrega o la anulación del título («Schuldschein»).

²²¹ VON THUR-ESCHER, ob. cit., p. 37; GUHL, MERZ, KOLLER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 8.º ed., Zürich, 1991, p. 273; GAUCH, AEPPLI, CASANOBA, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts*, 3.ª ed., Zürich, 1992, p. 207.

²²² Vid. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano*, t. II, 18.ª ed., Madrid, 1991, pp. 722, 723; BONFANTE, *Instituzioni di Diritto romano*, reimp. de la 10.ª ed., Milano, 1987, pp. 344, 345, 348; KASER, *Derecho romano privado*, versión de la 5.ª ed. alemana por SANTA CRUZ TEJEIRO, 2.ª ed., Madrid, 1982, pp. 237, 238.

del cual se obtenía el mismo resultado que con la condonación— o a través de una convención no formal. Empieza a considerarse entonces como condonación tácita la conducta consistente en la restitución, anulación o destrucción del documento en que conste el crédito. Comportamiento éste que también en el Derecho intermedio sería calificado por los autores como condonación o «pactum de non petendo» tácito ²²³.

Por lo que respecta al Derecho histórico español la P. 5, 14, 1 definía la condonación, denominada «quitamiento», diciendo: «Quitamiento es cuando fazen pleyto al debdor, de nunca demandar lo quel devia, e le quitan el debdo, aquellos que lo pueden fazer». La P. 5, 14, 9 añadía: «...Esso mismo seria si un ome diesse a otro la carta que avia sobre él, del debdo que le deviesse o la rompiesse a sabiendas, con entencion de quitarle el debdo».

Con base a estos dos preceptos la doctrina distinguía dos tipos de remisión, expresa o tácita. La remisión expresa era la que se correspondía con el primer supuesto aludido. Aunque el término «pleyto» empleado en la norma transcrita puede traducirse bien como «escritura», bien como convenio ²²⁴, no parece que la norma tuviese como fin exigir la constancia documental de la condonación. Al menos los distintos autores no hacen alusión alguna a la necesidad de forma escrita al referirse a la condonación expresa ²²⁵.

El comportamiento consistente en la devolución por el acreedor al deudor del documento privado en que constara el crédito o en la destrucción del mismo era calificado como condonación tácita, indicándose que éstos eran los ejemplos recogidos en la ley ²²⁶. En el Derecho histórico español, por tanto, se consideraba como condonación tácita lo que hoy día califica la doctrina como condonación presunta ²²⁷. Los autores del s. XIX no apuntan otros posibles supuestos de condonación tácita, de hecho, de lo afirmado por Gutiérrez Fernández parece deducirse que la entrega o destrucción del título era el único comportamiento estimado suficientemente significativo como para entender producida la condonación ²²⁸.

²²³ Vid. BIANCHINI, voz «remissione del debito» (storia), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXIX, pp. 759 ss.

²²⁴ SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 185, nota 48, observa que si «pleyto» fuese sinónimo de convenio debería decir: «quando fazen pleyto con el debdor» y no, «quando fazen pleyto al debdor».

²²⁵ Vid. ASSO y MANUEL, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 3.^a ed., Madrid, 1780, p. 373; MORATÓ, *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, t. II, Valladolid, 1877, p. 497; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 218; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 422; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 156.

²²⁶ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 218; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 422; MORATÓ, ob. cit., p. 497.

²²⁷ La P. 5, 14, 9, permitía la prueba en contrario de la existencia de condonación cuando el acreedor «pudiere provar con omes buenos, que dio la carta en fieldad al debdor, e no con voluntad de quitarle el debdo, o que gela furtaron o forçaron, o gela rompieron contra su voluntad, entonces en salvo le fincaria su derecho contra aquel que devia la debda».

²²⁸ Este autor (ob. cit., p. 157), tras indicar que debe «analizar los hechos tenidos por suficientes para producir una remisión tácita», rechaza ejemplos tales como el del

B) Proyecto de 1836

En el Proyecto de 1836 establecía el artículo 1974: «Es expreso el perdón o quita de la deuda cuando se ha otorgado explícitamente, y se puede acreditar por alguno de los medios que hacen prueba en materia de obligaciones». El artículo 1975 decía: «Hay perdón tácito cuando el acreedor entrega al deudor la escritura o documento privado de donde resultare la deuda».

C) Proyecto de 1851

En el Proyecto de 1851 el artículo 1141 establecía en su párrafo primero que «la quita puede ser expresa o tácita». En ello coincide con lo dispuesto en el actual artículo 1187 CC. Sin embargo, a continuación se especificaba: «Se entiende tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente a su deudor el documento en que constare la deuda». El artículo 1142 preveía, al igual que el artículo 1189 CC, una presunción de voluntariedad de la entrega derivada de la posesión del título por el deudor.

Para la interpretación del artículo 1141 del Proyecto de 1851 es necesario tener en cuenta que en dicho Proyecto se instauró, siguiendo al Código francés, un sistema de tasa de la prueba. Según el artículo 1002 del Proyecto todos los contratos que tenían como objeto una cosa de valor superior a 100 duros debían redactarse por escrito. La forma escrita era necesaria para la prueba del contrato no admitiéndose en tal caso ni la prueba de testigos ni la de presunciones²²⁹ salvo que existiese un principio de prueba por escrito²³⁰. Pues bien, el propio artículo 1002 preceptuaba que tal disposición era «aplicable a cualquier acto, por el que se otorgue la liberación o descargo de una obligación de la misma cuantía»²³¹, de manera que si el importe de la obligación condonada superaba la cantidad indicada la prueba de la condonación debía hacerse documentalente. Ahora bien, aunque en tal caso no podía el juez acudir a presun-

juramento deferido por el acreedor y el no ejercicio del retracto convencional calificando exclusivamente como remisión tácita el comportamiento previsto en la P. 5, 14, 9.

²²⁹ Según el artículo 1220,1 del Proyecto: «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público o privado».

El artículo 1225 establecía, en relación a las presunciones judiciales («las inducciones que el juez saca de un hecho conocido para juzgar de otro desconocido») que «no son admisibles, sino en los casos en que tiene lugar la prueba testimonial». Con referencia a este artículo señalaba GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 656, que, fuera de los casos en que era admisible la prueba testimonial «no podrá el juez admitir la prueba indicada socolor de presunciones, por graves, precisas y concordantes que le parezca: la prueba testimonial y la de presunciones judiciales tienen de común algo incierto».

²³⁰ O se dieran las excepciones especialmente previstas en los artículos 1223 y 1224.

²³¹ La disposición del párrafo primero del artículo 1002 era aplicable únicamente a los contratos según GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 536. Lo previsto en el artículo 1002, 2 implicaba, por tanto, la sujeción de la remisión a tal limitación probatoria con independencia de que se estructurara como negocio unilateral o bilateral.

ciones de hecho, para considerar probada la existencia de la condonación, sí podía utilizar presunciones legales. Tal era la prevista en el inciso segundo del artículo 1141. El artículo 1226, que regulaba las presunciones legales y enumeraba las que debían considerarse como tales incluía en su número 2: «los casos en que la ley declara la propiedad o el descargo de una obligación, por el concurso de ciertas circunstancias determinadas».

Por tanto, al estar expresamente previsto en el artículo 1141 que la entrega al deudor del documento privado en que constara la deuda implicaba la voluntad de condonar tácitamente la deuda, no se presentaba ningún problema en cuanto a la prueba de la existencia de condonación tácita.

El artículo 1141 del Proyecto no decía, sin embargo, que la entrega del documento hacía presumir la existencia de voluntad de remitir la deuda, sino que la misma equivalía a la condonación tácita («se entiende tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente a su deudor el documento en que constare la deuda»). Ello se debe a que, según García Goyena, «la entrega voluntaria del vale por el acreedor» inducía «una presunción “iuris et de iure” de quita o perdón de la deuda, sin que pueda admitirse prueba en contrario»²³². A diferencia de lo que sucedía en el Derecho francés e italiano donde se establecía una presunción «iuris et de iure» de liberación que podía obedecer indistintamente a la remisión o al pago, en el Proyecto de 1851 no se estableció una presunción de liberación sino de remisión. Al no admitirse prueba en contrario de la existencia de voluntad condonante una vez probada la concurrencia de los presupuestos de la «presunción»²³³, era lógico que se calificara la entrega del documento justificativo del crédito como condonación tácita.

D) Anteproyecto de 1882-1888

En el Anteproyecto de 1888 se alteró, sin embargo, este estado de cosas. Dicho Anteproyecto introdujo varias innovaciones. En primer lugar se utiliza por primera vez el término «condonación» —cercano al de donación— junto con el más común de «remisión» para aludir al perdón de la deuda, reservándose el término «quita» usado en los proyectos anteriores, para los acuerdos recaídos en concurso de acreedores.

En segundo lugar estableció la necesidad de sometimiento de la condonación a requisitos formales, los mismos de la donación. Ello sólo puede deberse, como se indicó anteriormente, a la consideración de la remisión como un acto de liberalidad análogo a la donación estimándose aplicables los mismos mecanismos de protección previstos para ésta. El artículo 1204 del Anteproyecto rezaba: «La condonación podrá hacerse

²³² GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 160.

²³³ En realidad, como se dirá más adelante, las presunciones «iuris et de iure» no son en realidad tales presunciones, sino disposiciones legales sustantivas.

expresa o tácitamente. Una y otra estarán sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. La condonación expresa deberá, además, ajustarse a las formas de la donación». Este precepto es idéntico al actual artículo 1187 CC

Mientras que en los Proyectos anteriores se especificaba que existía condonación tácita cuando el acreedor entregaba al deudor el documento privado en que constara el crédito, en el Anteproyecto se regula en precepto aparte, y como si se tratara de un supuesto independiente, la «presunción de condonación» por entrega del documento justificativo del crédito. El artículo 1205²³⁴, análogo al actual artículo 1188 CC decía: «La entrega del documento privado justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo. Si para invalidar esta renuncia se la arguyere de inoficiosa, el deudor y sus herederos estarán obligados a demostrar que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda».

¿Significa esta modificación que a partir de la regulación establecida en el Anteproyecto hay que considerar como modalidades independientes la condonación tácita y la «presunta»? En nuestra opinión no. El hecho de que en el Anteproyecto no se calificara la entrega voluntaria del título del crédito como condonación tácita se debe a que, mientras que en el Proyecto se estableció una presunción «*iuris et de iure*» de remisión, en el Anteproyecto tal presunción tenía carácter «*iuris tantum*». En el párrafo primero del artículo 1205 del Anteproyecto se dice que la entrega del documento «implica la renuncia de la acción» por parte del acreedor. Ello es tanto como decir que implica la «liberación» del deudor como hacían los Códigos francés e italiano donde, como hemos visto, la liberación podía obedecer tanto al pago como a la remisión. Del párrafo segundo del artículo 1205 se deduce que dicha renuncia a la acción se presume que obedece a la condonación de la obligación aunque, no obstante, se admite la prueba del pago.

El artículo 1205 del Anteproyecto vino, pues, a incorporar dos «presunciones». Una «presunción» de liberación del deudor a consecuencia de la entrega del documento justificativo del crédito (respecto de la cual no se admitía prueba en contrario) y, en segundo lugar, una presunción (en relación a la cual sí se admitía prueba en contra) de que la liberación se debía a la condonación de la obligación. De ahí que no resultara coherente calificar categóricamente la entrega del documento como condonación tácita, puesto que podía demostrarse que la entrega «se hizo en virtud del pago de la deuda», cosa que no era posible en el Proyecto de 1851.

Lo sucedido en síntesis fue lo siguiente: en el Proyecto de 1851 no se recogió la regla francesa que hacía derivar de la entrega del documento justificativo del crédito al deudor una presunción de liberación (que podía deberse tanto a la condonación como al pago) sino que se estableció una

²³⁴ Dicho precepto es calificado como «nuevo» por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965, p. 337.

«presunción» absoluta de condonación. En el Anteproyecto de 1888, sin embargo, se aceptó la teoría francesa, pero, para evitar las discusiones doctrinales que se habían planteado tanto en el Derecho francés como en el italiano en torno a si debía presumirse que tal liberación tenía como base el pago o la condonación, se estableció expresamente que, de ejercitarse una acción de reducción por inoficiosidad, la liberación del deudor se consideraba referida a la remisión, corriendo el deudor con la carga de probar el pago. En consecuencia no podía conceptuarse «a priori» el comportamiento consistente en la entrega del título al deudor como un modo tácito de remisión.

Aunque en el Anteproyecto desapareció el sistema de prueba tasada que se preveía en el Proyecto de 1851²³⁵, por lo que ya no presentaba problemas la prueba de la condonación tácita, el hecho de que se sujetara la condonación expresa a las reglas de forma de la donación induce a estimar que la entrega del documento justificativo del crédito al deudor continuaba siendo una hipótesis de condonación tácita –la única posible–. El que se regulara tal conducta en precepto independiente y sin identificarla con la condonación tácita se debe a la razón anteriormente indicada sin que pueda deducirse de ello que la voluntad de los redactores del Anteproyecto fue establecer modalidades distintas de condonación.

4. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE FORMA APLICABLES A LA CONDONACIÓN EXPRESA

En relación a la forma de la donación las exigencias son distintas dependiendo de que el objeto de ésta sea un bien mueble o un bien inmueble. Dado que, siguiendo un criterio de exclusión, se reputan muebles todos aquellos derechos patrimoniales que no estén comprendidos en la enumeración legal de bienes inmuebles, hay que considerar todos los derechos de crédito, independientemente de cual sea el contenido de la prestación a que se compromete el deudor (dar, hacer o no hacer algo) como bienes muebles²³⁶. A la condonación de la deuda resulta por tanto aplicable el artículo 632 CC lo que implica, partiendo de su estructura de negocio unilateral, que la declaración del acreedor remitente debe constar por escrito.

La cuestión es dudosa²³⁷ en relación al crédito hipotecario que para algunos ha de considerarse un bien inmueble. Si aceptamos esta califica-

²³⁵ Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 59 ss.

²³⁶ GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del Derecho Civil español*, Madrid, 1983, p. 285; ALBALADEJO, *Derecho Civil I, Introducción y Parte general*, vol. 2.º, 11.ª ed., Barcelona, 1991, p. 107.

No cabe reputar como inmueble el derecho de crédito consistente en la posibilidad de exigir la entrega de un inmueble. El artículo 9 RH excluye expresamente la posibilidad de inscribir tales derechos en el Registro de la Propiedad.

²³⁷ Así lo observa PANTALEÓN en relación a la cesión gratuita del crédito hipotecario, «Cesión de créditos», ADC, 1988, t. XLV, fasc. IV, p. 1099.

ción a la condonación del crédito hipotecario resultaría aplicable el artículo 633 CC de manera que la declaración de renuncia del acreedor (y la aceptación del deudor de entenderse que la condonación es un negocio bilateral) debería constar en escritura pública. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que aunque la hipoteca, en tanto garantía accesorias, se extingue como consecuencia de la extinción de la obligación principal (art. 1190), para la cancelación de la inscripción hipotecaria (necesaria para destruir la presunción de existencia del derecho de hipoteca y el juego de la fe pública registral –arts. 33 LH; 144 LH–) es necesaria una formalidad añadida. Del artículo 179 RH en relación al artículo 82, 1 LH se desprende que para proceder a la cancelación de la inscripción hipotecaria no basta con la presentación en el Registro de los documentos que demuestren la extinción de la obligación principal sino que es necesario que el titular del derecho de hipoteca manifieste en escritura pública su consentimiento para la cancelación²³⁸. Parece por tanto que, con independencia de la forma que revista el negocio que da lugar a la extinción de la obligación garantizada, es necesario un acto especial de cancelación. Sin embargo, no creemos que haya obstáculo en admitir la posibilidad de que el acreedor, al otorgar la escritura pública dirigida a condonar la obligación principal, manifieste en la misma escritura su consentimiento para la cancelación de la garantía²³⁹.

Fuera del supuesto en que el crédito se encuentra garantizado con una hipoteca se aplica el artículo 632 CC. Este precepto prevé la posibilidad de que la donación se realice verbalmente siempre que vaya acompañada de la entrega simultánea de la cosa donada. A falta de entrega la donación debe hacerse en documento privado para su validez.

La entrega de la cosa en la donación se considera un requisito de «forma» análogo al documento escrito. Si la exigencia de forma tiene como fin principal prevenir al donante contra repentinos impulsos de generosidad impidiéndole que obre precipitadamente, la entrega de la cosa se entiende que opera como subrogado del acto escrito puesto que cuando el donante entrega el objeto donado no puede menos que ser consciente de la pérdida que le supone el desprenderse de su propio bien²⁴⁰.

¿Cabe admitir la condonación verbal? Manresa plantea esta posibilidad aunque sólo en relación a la condonación de una obligación cuyo objeto sea la entrega de una cosa mueble²⁴¹, indicando que en este caso no será necesaria la entrega de la cosa, puesto que ésta no se transmite, sino que se releva precisamente de entregarla a su vez al obligado a ello.

²³⁸ Artículo 179 RH: «Aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo 1.º del artículo 82 de la ley, o, en su defecto, en virtud de ejecutoria».

²³⁹ En este sentido, FLORENSA I TOMÀS, ob. cit., p. 269.

²⁴⁰ Vid. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos*, cit., p. 145.

²⁴¹ MANRESA, ob. cit., p. 776. Este autor parece considerar aplicable el artículo 633 CC a la condonación de obligaciones de dar que recaigan sobre bienes inmuebles.

En nuestra opinión cabe la condonación «verbal» también en relación a los demás tipos de obligaciones. En la donación manual el requisito de forma viene constituido por la realización simultánea del «hacer la donación verbalmente» y la entrega de la cosa objeto de la donación ²⁴². Es decir, se requiere la «simultaneidad en la expresión de voluntad y el acto dispositivo de transferencia» (S. 6-4-1979).

Si aplicamos estas exigencias a la condonación, su realización en forma verbal requiere la concurrencia de dos elementos simultáneos:

- manifestación del acreedor de su voluntad de condonar la deuda;
- exención o relevo de la obligación de entrega, de hacer o de no hacer, que consistirá en el acto por el cual el acreedor, ante el ofrecimiento de pago exacto por parte del deudor, rechaza la prestación. En las obligaciones de no hacer, el rechazo por parte del acreedor puede entenderse como la indicación que haga al deudor para que no persista en su comportamiento, seguida del no cumplimiento de la conducta omisiva.

Para que podamos hablar de condonación verbal será necesario, por consiguiente:

- a) Que el deudor intente efectuar el pago.
- b) Que la prestación ofrecida por el deudor cumpla los requisitos de identidad e integridad del pago de manera que su rechazo por parte del acreedor resulte injustificado. Como es lógico, si la prestación es inexacta no puede apreciarse ninguna voluntad condonante en la negativa del acreedor a recibir el pago. No cabe hablar de condonación ni expresa ni tácita. En este sentido se pronunció la S 13-6-1903 en la que se afirma: «si bien el arrendatario se negó a recibir el local que el dueño le había arrendado cuando éste, aunque tardíamente, quiso entregárselo, esta negativa no puede, en modo alguno, reputarse como una condonación de las obligaciones contraídas por éste al celebrar el contrato de arrendamiento, pues para dar a tal negativa ese alcance habría sido preciso, por lo menos, que el dueño hubiera ofrecido el local, según estaba obligado a entregarlo, o sea, con el libre disfrute de sus dos puertas de entrada».

- c) En tercer lugar es necesario que el acreedor manifieste su voluntad de liberar definitivamente al deudor. Si el acreedor rechaza injustificadamente el pago pero con ello no pretende liberar al deudor es claro que éste podrá acudir al procedimiento de consignación. Como se indicó en otro lugar, la doctrina afirma mayoritariamente que el deudor no tiene un derecho subjetivo a liberarse de la obligación precisamente a través del pago y, por tanto, no puede obligar al acreedor a aceptar la prestación ²⁴³. Pero obviamente, si el acreedor no quiere recibir la prestación (cumpliendo ésta los requisitos de identidad e integridad del pago), debe

²⁴² ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VIII, 2.º, cit., p. 163.

²⁴³ CABANILLAS, *Las cargas del acreedor*, cit., pp. 118 ss.; ALBALADEJO, *Derecho de obligaciones*, 1.º, cit., p. 120; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 315.

perdonar la deuda al deudor, puesto que lo que no puede hacer es mantenerlo indefinidamente vinculado. Si el acreedor rechaza el pago injustificadamente y no manifiesta voluntad alguna que permita considerar extinguida la obligación por condonación es evidente que el deudor, que tiene derecho a liberarse de su obligación, puede consignar el pago ²⁴⁴. No puede hacerlo, sin embargo, si el acreedor declara renunciar al derecho de crédito ²⁴⁵. El fundamento de la consignación es permitir la liberación del deudor cuando la obligación no está extinguida y el acreedor impide su extinción rechazando el cumplimiento ²⁴⁶. Por tanto, si el acreedor renuncia a su derecho de crédito y con ello libera al deudor, carece de sentido la consignación.

En cualquier caso, aunque en línea de principio sea admisible la condonación verbal realizada mediante el rechazo de un pago exacto por el acreedor acompañado de su manifestación de voluntad de querer liberar al deudor, esta modalidad puede presentar bastantes problemas de prueba si posteriormente el acreedor exige la prestación. Con independencia de que el deudor pueda probar que realizó un ofrecimiento de pago exacto que fue rechazado por el acreedor (en cuyo caso se desencadenan las consecuencias de la mora del acreedor) es posible que le resulte difícil demostrar que el acreedor manifestó su voluntad de liberarle de la obligación (v. gr. ausencia de testigos o de otros medios de prueba). Por ello convendría al deudor que se viera en tal situación exigir al acreedor un documento acreditativo de la extinción de la obligación (lo que le está permitido ex artículo 1258 CC).

5. LA ENTREGA DEL DOCUMENTO JUSTIFICATIVO DEL CRÉDITO COMO ÚNICO SUPUESTO DE CONDONACIÓN TÁCITA ADMISIBLE EN EL CC

En nuestra opinión la incoherencia que presenta el artículo 1187 CC puede y debe salvarse entendiendo que sólo puede condonarse tácitamente la deuda mediante el comportamiento previsto en el artículo 1188. El hecho de que el artículo 1187 no limite los posibles supuestos de condonación tácita no nos parece un argumento consistente contra la interpretación indicada puesto que tal limitación es consecuencia directa de la

²⁴⁴ Cuando la obligación es de hacer, ante la imposibilidad de consignar la prestación, opina ALBALADEJO, *Derecho de obligaciones*, 1.º, cit., p. 158, que «el deudor se libera por la no aceptación de su ofrecimiento de realizar la prestación, o bien, a lo más, obteniendo de la autoridad judicial (siguiendo en cuanto lo permita la analogía con la consignación, el procedimiento fijado para ésta) la declaración de que estuvo dispuesto a realizar la prestación».

²⁴⁵ No nos parece admisible lo afirmado por MANRESA, *Comentarios*, t. VIII, cit., p. 776, quien, partiendo de la naturaleza bilateral de la remisión, mantiene que «no aceptando la condonación el deudor, tiene un perfecto derecho a realizar la consignación del pago, negándose su acreedor a recibirlo con todas las consecuencias que de aquélla se derivan».

²⁴⁶ Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 531.

sujeción de la condonación expresa a las reglas de forma de la donación y de su carácter, por tanto, de negocio solemne, sin que sea necesario indicarlo explícitamente.

El examen de los antecedentes históricos ofrece argumentos que abonan esta interpretación. Si bien puede pensarse que lo lógico hubiese sido que se calificara el comportamiento previsto en el artículo 1188 CC como condonación tácita, como se hacía en el Proyecto de 1851, ya hemos visto que existen razones para no haberlo hecho así. De haberse dispuesto que la entrega del documento privado en que conste el crédito equivale a la condonación tácita, no habría sido razonable admitir la prueba de que dicha entrega tuvo su origen en el pago de la obligación. Tanto más cuanto, como se verá más adelante, cabe pensar que la entrega del documento justificativo del crédito sólo genera una «presunción» de condonación frente a los herederos forzosos del acreedor.

No obstante, dado que suele insistirse en que «no puede confundirse lo tácito con lo presunto», consideramos conveniente comprobar si existe alguna razón contundente que impida considerar como declaración tácita una conducta que la ley valora como demostrativa de una determinada voluntad. En segundo lugar, ante la reiterada afirmación de la doctrina y la jurisprudencia de que puede condonarse la deuda a través de cualquier conducta inequívoca, es preciso comprobar si es posible encontrar comportamientos concluyentes que puedan ser considerados como condonación tácita.

A) La relación entre las declaraciones tácitas de voluntad y las presunciones

Como se ha indicado, se viene afirmando que no pueden confundirse las declaraciones tácitas de voluntad con las derivadas de una presunción legal. Sin dejar de reconocer las diferencias que existen entre unas y otras, pensamos, sin embargo, que estas últimas no son sino un tipo de declaraciones tácitas de voluntad.

Se considera declaración tácita de voluntad la manifestada a través de una conducta concluyente. El valor concluyente de la conducta en cuestión significa «idoneidad de un indicio para justificar una deducción segura e inequívoca»²⁴⁷. Es decir, de la conducta realizada ha de poder inferirse la existencia de una concreta voluntad. Como observa De Castro, la apreciación de que de una determinada conducta se infiere una determinada voluntad requiere «acudir a conjeturas y aplicarles las reglas de las presunciones de hecho»²⁴⁸.

En realidad las presunciones son el principal medio de prueba a través del cual se constata la existencia de una declaración tácita de voluntad²⁴⁹. A la convicción de que un determinado comportamiento supone una con-

²⁴⁷ BETTI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. por MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1949, p. 110.

²⁴⁸ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 67.

²⁴⁹ DREIFFUS-NETTER, *Las manifestations de volonté abdicatives*, París, 1985, p. 113.

creta declaración de voluntad llega el juez necesariamente mediante presunciones. El que alegue la existencia de una declaración tácita tendrá que demostrar que se ha desarrollado una conducta de la que se deriva una concreta voluntad. El comportamiento de que se trate constituye la «afirmación base» a través de la cual se pretende acreditar la «afirmación presumida», esto es, la manifestación de voluntad. Ahora bien, el nexo entre una y otra afirmación puede venir impuesto por las reglas del criterio humano o por la ley. En otros términos, para valorar la efectiva existencia de una manifestación tácita el juez puede hacer uso tanto de presunciones de hecho o judiciales como de presunciones legales ²⁵⁰.

Observa Serra Domínguez que son criterios de oportunidad y seguridad jurídica los que mueven al legislador a establecer imperativamente presunciones. Las presunciones legales tienen como fin suplir la dificultad probatoria que frecuentemente surge en el proceso, donde en ocasiones se hace muy difícil conseguir la prueba de la existencia de ciertas relaciones y uno de los casos en que suele manifestarse tal dificultad probatoria es aquel en que las relaciones de que se trate «tienen su origen en la liberalidad de uno de sus sujetos» ²⁵¹.

Prueba de ello es la situación existente en el Derecho francés e italiano. Hemos visto que tanto en uno como en otro las presunciones de liberación establecidas en la ley operan en realidad como medios de prueba de la existencia de condonación tácita. Ello se debe, como se ha dicho anteriormente, a que en tales Ordenamientos se establecen ciertas limitaciones probatorias que impiden que cuando la obligación condonada supere cierta cantidad el juez pueda hacer uso de presunciones de hecho para llegar a la convicción de la existencia de remisión tácita. La finalidad de estas presunciones legales fue precisamente la de evitar a las partes el procurarse una prueba escrita de la extinción de la obligación.

El hecho de que el juez haga uso de una presunción prevista en la ley para constatar la existencia de una manifestación tácita de voluntad en nada obsta, en nuestra opinión, a la calificación de ésta como declaración tácita. De hecho tanto en el Derecho italiano como en el francés las presunciones de condonación se consideran supuestos concretos de condonación realizada tácitamente. Algo similar ocurría en el Derecho histórico español. El comportamiento recogido en la P. 5, 14, 9, consistente en la entrega o destrucción del título, era considerado por la doctrina como «ejemplo» legal de condonación tácita.

Lo que debe tenerse en cuenta es si, cuando la ley infiere de una determinada conducta una concreta voluntad, permite o no la prueba en contrario.

²⁵⁰ Vid. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, en *Comentario del Codice civile* a cargo de SCIALOJA Y BRANCA, libro 4.º, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1970, p. 407.

²⁵¹ SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentario a los arts. 1249-1253 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirig. por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981, pp. 567, 568, 570.

Cuando la ley califica un determinado comportamiento como manifestación de voluntad no admitiendo la prueba de una voluntad diversa o, simplemente, de una falta de voluntad en el sentido establecido en la ley entramos en el ámbito de las denominadas «declaraciones legalmente tipificadas»²⁵². Se trata de casos en que la ley liga a un determinado comportamiento un concreto efecto con independencia de que exista o no una voluntad real enderezada a la obtención de esa consecuencia jurídica. La doctrina procesalista moderna señala que las denominadas presunciones «iuris et de iure» no son tales presunciones puesto que no operan en el terreno de la prueba. Son disposiciones legales sustantivas²⁵³. Cuando mediante una presunción absoluta se otorga a un determinado comportamiento una concreta valoración no estamos ante una verdadera «declaración tácita de voluntad». De hecho se afirma que en estos casos se está fuera del campo del negocio jurídico (el efecto se produce «ex lege» y no «ex voluntate») ²⁵⁴ o que se trata de verdaderas ficciones jurídicas²⁵⁵, ya que, aunque desde un punto de vista teórico pueda establecerse alguna diferencia entre la presunción y la ficción²⁵⁶, desde el punto de vista de sus efectos, las consecuencias son las mismas²⁵⁷.

En cambio, cuando la ley presume que a una determinada actuación corresponde una concreta voluntad negocial pero admite la prueba de que dicha voluntad no existe, estamos ante una verdadera declaración tácita. Si se demuestra que no existió la voluntad presumida no hay ninguna declaración de voluntad. Si no se prueba tal circunstancia la conducta en cuestión producirá los efectos negociales atribuidos por la ley, pero como dimanantes de la declaración de voluntad que se considera existente (no de la ley)²⁵⁸.

²⁵² CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. anotada por ALBALADEJO, Madrid, 1956, p. 341; SCHLESINGER, voz «Dichiarazione» (teoria generale), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, p. 384.

²⁵³ Por todos *vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 612 ss. En relación a las presunciones legales de renuncia establecidas en el Código francés, DREIFFUS-NETTER, *Las manifestations de volonté abdicatives*, cit., p. 71, hace similar afirmación.

²⁵⁴ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile*, 5.ª ed., Napoli, 1957, p. 124; GETE-ALONSO, en «Notas a Enneccerus» (*Derecho Civil, Parte general*, cit.) p. 193.

²⁵⁵ SCHLESINGER, *ob. cit.*, p. 384. GIAMPICCOLO, «Nota sul comportamento concludente», *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1961, p. 800. Señala este autor que en estos casos el procedimiento de tipificación no mira tanto a fijar el significado normal del comportamiento como a asegurar un efecto que se valora como socialmente oportuno.

BONET Y NAVARRO, voz «Presunciones», en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Madrid, 1995, p. 5047.

²⁵⁶ La ficción se establece sin necesidad de guardar relación alguna con la realidad, es independiente de ella y, de hecho, generalmente se opone a la misma. La presunción en cambio se funda en un cierto grado de verosimilitud. *Vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 616, 617.

²⁵⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, *ibidem*.

²⁵⁸ GETE-ALONSO, «Notas a Enneccerus», cit., p. 193. GIAMPICCOLO, *ob. cit.*, pp. 799, 801, quien, como ejemplo de esta hipótesis, incluye la presunción («iuris tantum») de liberación derivada de la entrega al deudor de la copia del documento público contenida en el párrafo segundo del artículo 1237 CC italiano.

A nuestro modo de ver no hay por qué mantener una escisión radical entre lo que suele denominarse «declaración presunta» y las declaraciones tácitas²⁵⁹. Las clasificaciones dogmáticas pueden estar plenamente justificadas, pero no deben llevar a resultados incongruentes. Por el hecho de que el enlace entre la conducta realizada y la voluntad inferida sea establecido por la ley y no libremente por el juez, la declaración de voluntad no deja de ser tácita si por tal entendemos aquella declaración de voluntad que se exterioriza a través de un medio no dirigido directamente a expresar la voluntad que de él se infiere²⁶⁰.

B) Examen de los posibles supuestos de condonación tácita

Como es sabido, dentro del concepto de declaración tácita de voluntad no se consideran comprendidas únicamente aquellas que se derivan de un comportamiento material. También se engloban dentro de este concepto las derivadas de declaraciones emitidas mediante palabras, siempre que tal declaración no esté dirigida directamente a expresar el contenido que de ella se deduce sino a exponer cualquier otra cosa²⁶¹. Este tipo de «condonación tácita» no está reñido, en nuestra opinión, con la exigencia de forma que se deriva del párrafo primero del artículo 1187. Siempre que la declaración de que se trate guarde la forma requerida para la donación, la donación será válida, aunque no se diga en términos expresos que se quiere condonar o remitir la obligación. Lo importante es que quede claro el propósito de extinguir la obligación²⁶². El problema se plantea en cuanto a la admisibilidad de la condonación derivada de comportamientos del acreedor.

En los sistemas en que se admite la remisión tácita, a la hora de decidir si un determinado comportamiento puede conceptuarse como tal, se parte en primer lugar de la regla de que la renuncia no se presume²⁶³. Esta regla, vigente en la mayoría de los Ordenamientos, no impide, como es lógico, la admisibilidad de las renunciaciones tácitas. Es una regla que con-

²⁵⁹ En esta línea, MANRESA, ob. cit., p. 333, quien, aunque estima que la condonación tácita no se limita al supuesto previsto en el artículo 1188, no considera necesario mantener la distinción entre condonación tácita y presunta.

²⁶⁰ En este sentido, observa GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation*, cit., p. 138, nota 3, que «las renunciaciones presuntas son evidentemente de la misma naturaleza que las renunciaciones tácitas y no se distinguen más que en que su existencia, en lugar de ser dejada a la libre apreciación del juez, es reconocida por la ley».

²⁶¹ BETTI, *Teoría general del Negocio jurídico*, cit., p. 110; GIAMPICCOLO, ob. cit., pp. 782, 783; DREIFFUS-NETTER, *Las manifestaciones de voluntad abdicativas*, cit., p. 66.

²⁶² MANRESA, t. VIII, cit., p. 777, dice que «en cuanto a los términos en que debe estar expresado el propósito de condonación, nada exige la ley, bastando, por tanto, que se declare sin dejar lugar a dudas». En el supuesto en que se parte de la estructura bilateral de la condonación se aplica la misma regla a la aceptación del deudor. No es necesario que conste de modo expreso la palabra «aceptación».

²⁶³ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1547; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 670; PALANDT-HEINRICH, ob. cit., p. 459; RAYNAUD, «La renonciation...», cit., p. 774; DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 4; MACIOCE, voz «Rinunzia», cit., p. 947; BOZZI, voz «Rinunzia», cit., p. 1151.

ciencia a la certidumbre de la existencia de la voluntad²⁶⁴ y se sustancia en la necesidad de interpretar restrictivamente el supuesto de hecho de que se trate²⁶⁵. Para apreciar la existencia de una voluntad de renuncia es necesario que ésta se desprenda de forma inequívoca²⁶⁶ de manera que en caso de duda hay que pronunciarse por la solución menos desfavorable a los intereses del supuesto renunciante, excluyendo, por tanto, la voluntad de renuncia²⁶⁷.

Este principio, pues, no se aplica sólo cuando se trata de averiguar si de una determinada conducta puede inducirse la voluntad de condonar la deuda, sino también cuando se trata de interpretar si una determinada declaración exteriorizada a través del lenguaje, pero que no manifiesta explícitamente la voluntad de extinguir la obligación, implica tal voluntad. En relación con ello, y partiendo de la regla arriba indicada, la doctrina alemana, recogiendo las afirmaciones sentadas por la jurisprudencia en la resolución de casos concretos, niega que ciertas expresiones del acreedor puedan considerarse como demostrativas de la voluntad de remitir la obligación. Se afirma que declaraciones del tipo de que «se harán rayas o tachaduras sobre el título de crédito», o de que «no se cuenta con ser satisfecho», «se tiene el crédito por incobrable», «se cuenta con la cobertura de un tercero» o que «no se reclamará nada», implican únicamente una declaración de opinión y no pueden ser consideradas como renuncia tácita²⁶⁸. En general no se aprecia ninguna voluntad de condonación en las manifestaciones dirigidas a tranquilizar al deudor, pero que no pueden considerarse como producto de la ponderada y cuidadosa reflexión del acreedor²⁶⁹. Así, por ejemplo, no puede interpretarse como condonación de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados la declaración realizada por el lesionado en un accidente frente al autor del daño indicándole que no tiene que ocuparse de nada (quizá con ello —se observa— sólo quiere mostrar su convencimiento de que se va a dirigir exclusivamente contra la aseguradora) o que no reclamará nada²⁷⁰.

En cuanto a la valoración de comportamientos materiales, para que pueda apreciarse una voluntad de renuncia al derecho de crédito es necesario:

a) Que se trate de un comportamiento totalmente incompatible con la voluntad de conservar el derecho en cuestión²⁷¹.

²⁶⁴ DREIFFUS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, cit., p. 113, nota 4.

²⁶⁵ WALSMANN, ob. cit. p. 171; GRAMMATIKAS, ob. cit., p. 138.

²⁶⁶ DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 4.

²⁶⁷ GRAMMATIKAS, ob. cit., p. 137; MACIOCE, ob. cit., p. 947; GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 786, en relación al caso concreto de la condonación.

²⁶⁸ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 670; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1547; PALANDT-HEINRICH, ob. cit., p. 460; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1813.

²⁶⁹ GERNHUBER, ob. cit., p. 380.

²⁷⁰ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., pp. 1547, 1548; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1813.

²⁷¹ GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, París, 1977, p. 146; DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 6, en relación a la renuncia en general. GIACOBBE y GUIDA, voz «Remissione del debito», cit., p. 786.

- b) Tal comportamiento debe poder ser valorado e interpretado por el deudor como declaración de renuncia ²⁷².
- c) El acreedor debe conocer la existencia de su derecho o, al menos, contar con la posibilidad de su existencia ²⁷³.
- d) Hay quien considera necesario además que el acreedor pudiera conocer que su comportamiento podía ser valorado como condonación ²⁷⁴.

Teniendo en cuenta estas premisas podemos examinar los comportamientos que son susceptibles de ser considerados como demostrativos de la voluntad de condonar tácitamente la deuda.

En primer lugar hay que señalar que del no *ejercicio del derecho de crédito*, aunque la abstención se prolongue durante largo tiempo, no puede deducirse la voluntad de remitir la obligación ²⁷⁵. La inactividad del acreedor, observa Gernhuber, no tiene ningún valor expresivo. El tráfico conoce multitud de posibles motivos que la justifican y por consiguiente no puede valorarse la misma como comportamiento que manifieste una voluntad de renuncia. En general se afirma que sólo puede derivarse una voluntad de renuncia de los actos positivos, pero no de los actos omisivos o de la simple abstención ²⁷⁶.

Esta regla aparece recogida en nuestra jurisprudencia en la S de 8 de julio de 1915 en la que se afirma que «el no reclamar a su vencimiento el cumplimiento de una obligación no significa su condonación».

La misma regla impide estimar condonadas las obligaciones de contenido negativo por el mero hecho de tolerar los actos de incumplimiento de las mismas. Señala Godé que los actos permisivos del acreedor no manifiestan ninguna renuncia a obtener el comportamiento adecuado del deudor, y no es suficiente que tal situación se prolongue durante largo tiempo; una tolerancia, aunque prolongada, no permite presumir una renuncia al derecho. No puede deducirse una manifestación indirecta de una simple ausencia de protesta ²⁷⁷.

Esta idea ha sido frecuentemente aplicada por nuestro Tribunal Supremo en supuestos de incumplimiento de obligaciones del arrendatario o en supuestos de obras no permitidas realizadas por alguno de los

²⁷² MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1548; PALANDT-HEINRICH, ob. cit., p. 460.

²⁷³ Así lo observa la doctrina alemana. GERNHUBER, ob. cit., pp. 380, 381; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1548; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 678.

DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 6, dice, en relación a la renuncia en general, que debe existir conocimiento de la prerrogativa abdicada. GODÉ, ob. cit., p. 146, indica que es necesario que el acto de que se trate se realice con la conciencia de abandonar tal ventaja.

²⁷⁴ PALANDT-HEINRICH, ob. cit., p. 460.

²⁷⁵ En este sentido se pronuncia la doctrina alemana. STAUDINGER-KADUK, ob. cit., pp. 670, 678; PALANDT-HEINRICH, ob. cit., p. 460; ERMANN-WESTERMANN, ob. cit., p. 861.

Asimismo los autores suizos, GUHL, MERZ Y KOLLER, ob. cit., p. 280; GAUCH, AEPPLI Y CASANOBA, p. 245; ENGEL, ob. cit., p. 233.

²⁷⁶ GODÉ, ob. cit., p. 122; GRAMMATIKAS, ob. cit., p. 187; DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 5.

²⁷⁷ GODÉ, ob. cit., p. 101.

propietarios de una vivienda en régimen de propiedad horizontal. El TS ha afirmado reiteradamente que el conocimiento de la realización de los actos sancionables no supone consentimiento a los mismos ni implica la pérdida del derecho a exigir la correspondiente reparación en tanto que no transcurra el plazo establecido en la ley para su prescripción (Sentencias 5-10-55, 14-12-56, 3-2-62, 27-1-64 y 19-12-90). En parecido sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa²⁷⁸.

Por consiguiente, el comportamiento tolerante del acreedor ante el incumplimiento de una obligación negativa no supone la condonación de la obligación ni implica, por tanto, la pérdida de la posibilidad de exigir la destrucción de lo hecho en contravención de la obligación o la pérdida de la posibilidad de exigir la correspondiente indemnización.

Ello no excluye, obviamente, que pueda paralizarse el ejercicio del derecho de crédito conforme a las exigencias derivadas de la buena fe, mediante la aplicación de la doctrina de los propios actos²⁷⁹ o del retraso desleal. Es evidente, y así lo pone de relieve la doctrina alemana, que el largo inejercicio de una pretensión puede fundar la «*Verwirkung*» de la misma²⁸⁰. Así ocurrirá siempre que pueda estimarse que el largo inejercicio del derecho de crédito ha generado en la otra parte la confianza en que el derecho ya no será ejercido. Como ejemplo de lo dicho puede citarse la STS de 21 mayo de 1982 relativa a un supuesto en que el dueño de una obra, al que el contratista reclamaba el pago de parte del precio pendiente, pretendió oponerle la compensación de los honorarios devengados por la prestación de sus servicios como médico, cuyo abono no había reclamado a aquél durante un período de doce años. En esta sentencia aplica el TS la doctrina del retraso desleal no dando lugar a la pretensión del médico²⁸¹, doctrina ésta que debiera haber sido aplicada en el caso resuelto por la conocida –y criticada– sentencia de 21 de noviembre de 1935²⁸². En cualquier caso, no debe confundirse la existencia de una

²⁷⁸ Aunque en algún caso, y si el comportamiento del acreedor iba acompañado de algún acto positivo, ha estimado que existía autorización tácita. *Vid.* DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 5, también, *Las manifestations de volonté abdicatives*, cit., pp. 168, 169.

²⁷⁹ PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 544; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 679.

²⁸⁰ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 671; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1549; PALANDT-HEINRICHS, ob. cit., p. 460. En el Derecho suizo, GUHL, MERZ Y KOLLER, ob. cit., p. 281.

²⁸¹ El TS entendió en esta sentencia que el médico demandado había engendrado fundadamente en el deudor la creencia de que los honorarios (por servicios médicos iniciados el día 10 de enero de 1966 y finalizados el 25 de mayo de 1975), le habían sido condonados, lo que motivó el que este último le hiciera una importante bonificación en el precio de la ejecución de la obra. Lo cual, según el TS dejaba «puesto de relieve el retraso desleal con el que ejercita su derecho el referido demandado por la circunstancia de que hasta el 26 de mayo de 1978, cuando ya el actor le había presentado liquidación del importe de la obra con las bonificaciones dichas, no reclama lo que entendía le era debido».

²⁸² En esta sentencia el TS consideró ineficaz la condonación de una deuda de dinero hecha por carta y exigida trece años después porque no existió aceptación expresa por escrito por parte del deudor. Partiendo de la tesis que sostiene la naturaleza bilateral de la remisión el argumento del TS es intachable. Sin embargo, es evidente que la conducta del acreedor era desleal y contraria a la buena fe. El TS debería haber rechazado la pretensión

condonación tácita, que se apoya en una voluntad de abandono del derecho de crédito, con la aplicación de la doctrina de la «Verwirkung», que no toma en consideración la voluntad del sujeto actuante y le impide ejercitar el derecho en atención a la confianza creada en la otra parte. Mientras que la condonación, en tanto implica la extinción de la obligación, tiene efectos «erga omnes», la «Verwirkung» sólo opera entre las partes²⁸³.

Por otra parte, es claro que del hecho de que el acreedor se abstenga de ejercitar el derecho de crédito durante el tiempo suficiente para que llegue a prescribir no puede deducirse la condonación tácita de la deuda²⁸⁴. Con independencia de que sería insensato considerar condonada tácitamente toda obligación prescrita, resultando en consecuencia aplicables las reglas sobre colación, reducción por inoficiosidad, etc., hoy día se encuentra superada la teoría subjetiva que pone el fundamento de la prescripción en una presunción de abandono o renuncia. El fundamento de la prescripción se encuentra en la seguridad jurídica²⁸⁵. Es evidente además que la prescripción y la remisión son figuras jurídicas distintas. Mientras que la condonación determina automáticamente la extinción de la obligación y tiene efectos «erga omnes», la prescripción precisa que el deudor la invoque y no la renuncie, es decir, atribuye una excepción que ha de ser utilizada por el sujeto favorecido por ella, sin que pueda ser apreciada de oficio por el juez²⁸⁶. En la remisión la liberación del deudor se produce por la voluntad del acreedor, en la prescripción se produce por efecto de la ley, independientemente de que lo quiera o no el acreedor²⁸⁷.

Se ha afirmado que la abstención sólo puede constituir una manifestación tácita cuando es dinámica llevando implícito un acto positivo, es decir, cuando supone una opción entre hacer una cosa o hacer tal otra. Debe constituir una elección: el no utilizar tal ventaja determinada en un momento concreto y en las circunstancias idóneas²⁸⁸. Esta idea puede

del acreedor, no porque la condonación en tal caso deba considerarse irrevocable (así lo entienden DÍEZ-PICAZO, *Estudios de jurisprudencia civil*, I, cit., p. 524; PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 435), sino simplemente haciendo aplicación de la doctrina del retraso desleal.

²⁸³ Vid. GERNHUBER, ob. cit., p. 369; GRAMMATIKAS, ob. cit., pp. 35, 36.

²⁸⁴ GUHL, MERZ Y KOLLER, ob. cit., p. 280; GAUCH, AEPLI Y CASANOBA, ob. cit., p. 245.

²⁸⁵ Esta es la opinión dominante en la actualidad. No obstante, observa PANTALEÓN, voz «Prescripción», en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Madrid, 1995, p. 5013, que esta tesis no armoniza con el hecho de que la prescripción pueda interrumpirse por reclamación extrajudicial ni con la imposibilidad de apreciación de oficio por los Tribunales. Estima este autor que la justificación básica de la prescripción debe encontrarse en la necesidad de protección del sujeto pasivo de la pretensión que, bien ha cumplido ya, pero por el transcurso del tiempo no tiene modo de probar que lo ha hecho, bien confiaba razonablemente, en base al prolongado silencio del titular de la pretensión, en que éste ya no iba a ejercitarla.

²⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 71, 72; GRAMMATIKAS, ob. cit., p. 39; CARBONNIER, ob. cit., p. 582.

²⁸⁷ SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 153; CARBONNIER, ob. cit., p. 352; GUHL, MERZ Y KOLLER, ob. cit., p. 281.

²⁸⁸ GODÉ, ob. cit., pp. 122, 151.

inducir a confusión, especialmente cuando se trata de derechos, como los de adquisición preferente²⁸⁹ cuyo contenido se agota en una facultad de hacer una elección en torno a la adquisición de un bien, y que deben ejercitarse habitualmente en un plazo preclusivo. El no ejercicio, por ejemplo, de un derecho de opción de compra dentro del plazo estipulado no puede considerarse como renuncia o condonación del mismo. Es evidente que el contenido de tal derecho implica la posibilidad de decidir si se ejercita o no la facultad de adquisición, y ello dependerá de múltiples circunstancias que habrá de valorar el titular del derecho de opción. El hecho de no hacer valer la facultad de compra no es sino un modo de ejercicio del derecho²⁹⁰.

Hay otro tipo de comportamientos omisivos del acreedor, diferentes al no ejercicio del derecho de crédito, que según estima nuestro Tribunal Supremo, tampoco pueden considerarse como supuestos de condonación tácita. En la S de 22 de noviembre de 1906 afirma el TS que la omisión en unas operaciones de testamentaría de los intereses no liquidados de un crédito no implica la condonación de los mismos ni priva a los herederos del derecho de percibirlos. En la S de 19 de noviembre de 1915 se estima que la omisión de un deudor en una relación de deudores presentada por el acreedor no demuestra que exista voluntad de condonar la deuda²⁹¹. Ya Pothier negaba que conductas omisivas de esta clase permitieran inducir sin más una voluntad de remisión, y así lo manifestaron, igualmente, los primeros comentaristas del Código civil francés. Según la doctrina francesa²⁹² la no inclusión de un deudor en una lista de deudores o la no inclusión de un crédito en una cuenta o relación de deudas realizada entre dos sujetos que mantienen relaciones comerciales no implica la condonación de la obligación²⁹³. Lo presumible en este caso es, según Pothier, que la omisión se deba al olvido²⁹⁴. Un supuesto similar al descrito, aunque analizado como comportamiento positivo y no meramente omisivo del acreedor, es apuntado por la doctrina alemana. Se observa que la aceptación de una liquidación de cuentas por parte del acreedor sin hacer protesta u oposición en torno a la inclusión de algún crédito no implica la condonación del mismo²⁹⁵.

²⁸⁹ Nos referimos aquí, obviamente, sin ánimo de entrar en discusiones en torno a su posible configuración como derechos reales, a aquellos que tengan naturaleza personal.

²⁹⁰ *Vid.* GRAMMATIKAS, ob. cit., pp. 36, 37.

²⁹¹ «En el mero hecho demostrado de no aparecer en la relación de deudores uno determinado, no existe enlace preciso y directo con el de haberse condonado la deuda», dice esta sentencia.

²⁹² Hay que recordar que cuando los autores franceses analizan la posibilidad de que un determinado comportamiento pueda considerarse como condonación tácita, lo que se toma en consideración es si puede inducirse del supuesto en cuestión una «presunción de hecho» que será admisible sólo cuando sea posible conforme a las reglas generales en materia de prueba, esto es, cuando el valor de la obligación sea inferior al previsto en el artículo 1341 CC, cuando exista un principio de prueba por escrito, o se esté ante una de las excepciones a la necesidad de prueba escrita.

²⁹³ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 447, p. 318.

²⁹⁴ POTHIER, ob. cit., núm. 613, p. 325.

²⁹⁵ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1548; PALANDT-HEINRICHS, ob. cit., p. 460; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 671.

El artículo 266 CC parece mantener un criterio contrario a los anteriormente expuestos. Dispone este precepto que «el tutor que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado se entiende que los renuncia». Con independencia de que se discuta si este precepto deduce objetivamente del hecho de la no inclusión una auténtica renuncia²⁹⁶, sienta una mera presunción «iuris tantum»²⁹⁷, o constituye una verdadera sanción impuesta al tutor negligente²⁹⁸, de él no puede extraerse una regla general favorable a la consideración de conductas de este tipo como condonación tácita ya que tal disposición encuentra su razón de ser en un especial estado de cosas. La obligación del tutor de realizar el inventario de los bienes del tutelado responde a la necesidad de dotar de la máxima transparencia las relaciones patrimoniales existentes entre uno y otro. La existencia de créditos y deudas entre tutor y tutelado puede dar lugar a que se produzca un conflicto de intereses que es necesario evitar. De ahí que el tutor deba hacer constar en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado. Dado que el ejercicio posterior por el tutor de un crédito no incluido en el inventario puede hacer dudar acerca de su verdadera existencia, con objeto de evitar toda posible simulación, la ley opta por eliminar la posibilidad de hacerlo valer²⁹⁹.

Cabe preguntarse, por otra parte, si la aceptación por el acreedor de una prestación defectuosa o parcial puede interpretarse como condonación de la obligación por la porción no ejecutada o en el modo previsto inicialmente en el contrato. Von Thur-Escher indican que puede apreciarse voluntad condonante cuando el acreedor conscientemente se contenta con una prestación que está por debajo del importe del crédito³⁰⁰.

En el Derecho español el acreedor a quien se ofrece un pago inexacto o parcial tiene, con base a los artículos 1166 y 1169, la facultad de rehusarlo³⁰¹. Ahora bien, esta facultad de rechazo de la prestación inexacta debe ejercitarse diligentemente. El acreedor tiene la carga de verificar la prestación en el momento del cumplimiento para comprobar si se corresponde a la pactada³⁰². Si el acreedor recibe la prestación defectuosa o parcial sin hacer protesta alguna, no puede luego reclamar una prestación adecuada³⁰³. Salvo que la naturaleza de la prestación requiera un cierto tiempo para que el acreedor compruebe la identidad y exactitud de la

²⁹⁶ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1990, p. 281.

²⁹⁷ LETE DEL RÍO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, t. IV, Madrid, 1985, p. 366.

²⁹⁸ GETE-ALONSO, en *Comentarios a las reformas de la Nacionalidad y la Tutela*, Madrid, 1986, p. 485; HUALDE SÁNCHEZ, en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 785, 586.

²⁹⁹ *Vid.* GETE-ALONSO, ob. cit., pp. 483 ss.; HUALDE SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 783, 784; LETE, ob. cit., p. 365.

³⁰⁰ VON THUR-ESCHER, ob. cit., p. 175.

³⁰¹ Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 500, 503.

³⁰² CABANILLAS, *Las cargas del acreedor*, cit., p. 224.

³⁰³ Si la relación obligatoria es sinalagmática el acreedor que no haya ejecutado su prestación puede oponer la excepción de cumplimiento defectuoso. La aplicación de esta excepción, como observa Díez-PICAZO, ob. cit., p. 694, puede, de acuerdo con el principio

misma³⁰⁴, el acreedor debe hacer valer su defectuosidad en el momento del pago porque si no lo hace así la aceptación sana los defectos y hay un cumplimiento liberatorio. Sin embargo, la liberación del deudor es independiente de la existencia de una posible voluntad condonante del acreedor. Es una consecuencia de la exigencia de diligencia y autorresponsabilidad que pesa sobre el acreedor³⁰⁵, que determina que la recepción sin protesta alguna de una prestación inexacta, cuando su inexactitud es evidente, sea considerada como aquiescencia y exonere de responsabilidad al deudor.

En relación al supuesto concreto de prestación parcial hay que añadir, además, que, si bien el acreedor puede renunciar a invocar el principio de indivisibilidad de la prestación y aceptar el pago de sólo una parte, la aceptación del pago parcial no supone en modo alguno renuncia al pago del resto³⁰⁶.

De la aceptación de un pago parcial o defectuoso no cabe, por tanto, deducir la existencia de una voluntad condonante. Naturalmente es posible que el acreedor al aceptar el pago manifieste expresamente que tiene voluntad de condonar la obligación por el importe restante (o que renuncia a la ejecución de la prestación en el modo acordado en el contrato) en cuyo caso tal declaración, acompañada de la aceptación del pago inexacto o parcial encajaría en la modalidad de la condonación verbal (art. 632 CC). Pero lo cierto es que, independientemente de la intención del acreedor, la aceptación por éste de la prestación irregular puede determinar la liberación del deudor.

Conviene aludir aquí al artículo 1110 CC que, como es sabido, dispone que «el recibo del capital por el acreedor» sin hacer reserva respecto a los intereses extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos y que «el recibo del último plazo de un débito», también sin reservas, extingue la obligación en cuanto a los plazos anteriores. La opinión más extendida estima que el término «recibo» no se refiere exclusivamente al recibo como documento sino que comprende el recibo como recepción³⁰⁷. El artículo 1110 regula un efecto del pago³⁰⁸, se dice, no del recibo, que no es sino la prueba de éste.

Algunos autores han entendido que el artículo 1110 CC impone la extinción «ex lege» de la obligación de pago de los intereses y los plazos

de buena fe, encontrar limitaciones cuando el acreedor ha recibido sin protesta especial una prestación parcial o defectuosa.

³⁰⁴ LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 151; BERCOVITZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, 1.º, Barcelona, 1980, pp. 102 ss., 125.

³⁰⁵ CABANILLAS, ob. cit., p. 225.

³⁰⁶ BERCOVITZ, *Comentarios*, cit., p. 126; CRISTÓBAL MONTES, «Comentario al artículo 1169», en *Comentarios del CC* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 198.

³⁰⁷ SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XIX, redactado por MARÍN PÉREZ, 2.ª ed., Madrid, 1957, p. 703; TORRALBA SORIANO, «Estudio crítico del artículo 1110 CC», en *RCDI*, núm. 457, p. 1525; BERCOVITZ, *La imputación de pagos*, Madrid, 1973, pp. 339 ss.

³⁰⁸ BERCOVITZ, *La imputación de pagos*, ob. cit., p. 339.

vencidos, admitiéndose como única posibilidad de excluir esta consecuencia la prueba por parte del acreedor de que realizó la aludida reserva. Con objeto de justificar una extinción que parece carente de fundamento se indica que la norma se basa en una presunción del legislador de que ha habido pago o condonación³⁰⁹. En esta interpretación la realidad del pago o la existencia de voluntad condonante del acreedor operan simplemente como causas justificadoras de la previsión legal, siendo indiferente que uno o otra existieran en realidad puesto que el efecto extintivo se produce por imposición legal en tanto que el acreedor no haya hecho la correspondiente reserva.

En nuestra opinión es más correcta la tesis de Bercovitz que sostiene que este precepto no establece sino una presunción «*iuris tantum*» de extinción de la obligación. Se basa para ello en los antecedentes del precepto –concretamente, en la influencia que sobre el mismo tuvo el Código prusiano– y en lo dispuesto en el artículo 1621 CC, que se remite expresamente al indicado artículo 1110³¹⁰. Ahora bien, si relacionamos el artículo 1621 con el artículo 1110 parece evidente que lo que hace este último precepto es establecer una *presunción de pago* susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario. Al acreedor le basta con probar que la deuda de intereses o la relativa a los plazos anteriores no fue satisfecha para excluir la extinción de la obligación. Entendemos por tanto que no cabe estimar implícita en el artículo 1110 CC ninguna presunción de condonación.

El parágrafo 341 BGB dispone que la aceptación sin reservas del cumplimiento por parte del acreedor extingue el derecho a exigir la pena convencional³¹¹. Este precepto se refiere al supuesto en que se estipula una pena con vistas al cumplimiento inexacto –generalmente para el retraso en la ejecución de la prestación– en cuyo caso el acreedor puede reclamar la pena además del cumplimiento. En el Derecho alemán se regula en preceptos independientes la pena pactada para el caso de incumplimiento de la obligación y la pactada para el supuesto de cumplimiento irregular. En la primera hipótesis el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento en forma específica o la prestación pactada como pena convencional (parágrafo 340, 1), en la segunda en cambio el acreedor puede exigir el cumplimiento más la pena (parágrafo 341, 1). Ahora bien, tanto en un caso como en otro (parágrafos 340, 2 y 341, 2), si el

³⁰⁹ SCAEVOLA, t. XIX, cit., pp. 702, 703; MANRESA, t. VIII, cit., pp. 314, 315; TORRALBA SORIANO, ob. cit., pp. 1530 ss.

GARCÍA AMIGO, «Comentario al artículo 1110» en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 65, 66, aunque afirma que el artículo 1110 establece una presunción que no encaja ni en el tipo de presunciones «*iuris et de iure*» ni en el de presunciones «*iuris tantum*», llega en definitiva a la conclusión indicada y admite como única prueba en contra de la extinción de la obligación la de la existencia de reserva por parte del acreedor.

³¹⁰ BERCOVITZ, ob. cit., pp. 325 ss.

³¹¹ Dice dicho precepto que «aceptando el acreedor el cumplimiento, sólo puede reclamar la pena convencional («*Strafe*») cuando con la aceptación se reserva el derecho a ella».

acreedor tiene una pretensión de daños, la cantidad pactada como pena opera como importe mínimo del daño en relación al cual no es precisa la prueba³¹².

La diferencia de regulación respecto a nuestro Código civil es fácilmente apreciable. En el CC no se distingue según que la pena se fije en atención al incumplimiento total o en atención al cumplimiento inexacto. La regla es que la posibilidad de exigir conjuntamente el cumplimiento y la pena debe ser objeto de pacto (art. 1153)³¹³ si bien en los supuestos de pena moratoria se presupone esta posibilidad³¹⁴. Por otra parte, salvo que se acuerde otra cosa, la pena sustituye a la indemnización por incumplimiento o cumplimiento defectuoso (art. 1152) de modo que, según la opinión general³¹⁵, aunque los daños efectivamente producidos superen el importe de la cantidad fijada como pena, el acreedor sólo puede exigir ésta³¹⁶.

Salvando las diferencias de regulación y, volviendo al parágrafo 341 BGB, cabría preguntarse si lo en él establecido significa que, en el supuesto de pena moratoria o pactada para otro tipo de cumplimiento inexacto, la aceptación de la prestación irregular sin hacer reserva en cuanto a la pena es considerada como una declaración de voluntad condonante³¹⁷ y si tal idea puede ser admitida en nuestro Derecho.

Por lo que respecta al precepto alemán la solución negativa es clara. De los antecedentes legislativos del parágrafo 341 BGB se deduce que la intención del legislador fue establecer la pérdida del derecho a exigir la pena convencional independientemente de que el acreedor tuviese o no voluntad de renunciar a ella. La finalidad de la norma fue eliminar toda

³¹² Si el acreedor prueba la existencia de daños mayores puede reclamarlos, pero debe entonces imputar la suma estipulada como pena convencional al pago de la pretensión de daños. LARENZ, ob. cit., p. 380; LINDACHER, en *Soergel Kommentar zum BGB*, t. II, Stuttgart, Berlin, Köln, 12.ª ed., pp. 1693, 1694, ex parágrafos 336 ss.; GOTWALD, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. II, 3.ª ed., München, 1994, pp. 1376, 1377, ex parágrafos 336 ss.

³¹³ En este caso la pena se suele denominar cumulativa. Por todos, DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992, pp. 35, 309.

RODRÍGUEZ TAPIA «Sobre la cláusula penal en el Código civil», *ADC*, 1993, t. 46, fasc. II, pp. 579, 580, opina sin embargo que pena cumulativa no significa que pueda pedirse cumplimiento y pena e indica que el carácter sustitutivo o cumulativo de una pena contractual depende de su relación con la pretensión indemnizatoria.

³¹⁴ Muestra de la opinión de RODRÍGUEZ TAPIA expuesta en la nota anterior es que la pena moratoria, pese a ser habitualmente sustitutiva en tanto que la cantidad pactada como tal sustituye a la indemnización por mora, puede reclamarse junto con el cumplimiento.

³¹⁵ ALBALADEJO, «Comentario a los arts. 1152 a 1155» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, t. XV, vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 469; DÁVILA, ob. cit., pp. 309 ss.; CABANILLAS, «Comentario a los arts. 1152 a 1155» en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 158. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, Zaragoza, 1994, p. 87.

³¹⁶ Contra, con argumentos convincentes, RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., pp. 571 ss., quien estima que el Código no impide que se indemnice el mayor daño, aun a falta de pacto expreso, siempre que no se pacte lo contrario.

³¹⁷ Poco antes de la publicación del BGB afirmaba EHRlich, ob. cit., pp. 95, 96, que la aceptación sin reservas de la prestación principal implicaba la renuncia a la pena convencional.

duda acerca de si la aceptación sin reserva debía ser entendida o no como renuncia a la pena convencional, protegiendo con ello al deudor de tener que contar con el pago de la pena hasta que no transcurriera el plazo de prescripción³¹⁸. La doctrina alemana afirma, por consiguiente, que la aceptación realizada sin reserva extingue la pretensión a la pena convencional «ex lege», incluso en el caso en que el acreedor no tuviese conocimiento de la existencia de la pretensión y sus consecuencias³¹⁹. La regla del párrafo 341 BGB no se sustenta, pues, en una presunta voluntad de renuncia del acreedor. Tiende simplemente a proteger al deudor.

Por lo que se refiere al Derecho español, no existe en el Código civil precepto alguno que imponga al acreedor la carga de exigir el cumplimiento de la cláusula penal, o reservarse su derecho a ella cuando recibe la prestación inexacta en atención a la cual se pactó la pena convencional. Y no creemos que pueda sostenerse que la no reclamación inmediata de la prestación debida a título de pena por el acreedor, o la ausencia de reserva en el momento de recepción de la prestación equivale a la condonación tácita de la obligación accesoria. En este sentido se pronuncia Albaladejo³²⁰. Téngase en cuenta que, como venimos diciendo, el no ejercicio del derecho de crédito y en general los comportamientos omisivos no pueden considerarse como demostrativos de una voluntad condonante. Así lo ha entendido expresamente el TS en el caso resuelto por la Sentencia de 21 de noviembre de 1981, relativo a un supuesto de pena convencional pactada como sanción para el supuesto de demora en la ejecución de una obra. El TS estima en esta sentencia que la no aplicación de la cláusula penal estipulada en el contrato de obra por parte de la compañía contratante, que abonó el precio de la obra sin descontar el importe debido a título de pena moratoria³²¹, no supuso la condonación tácita de tal obligación.

Ahora bien, aunque la ley no exige que se haga valer la cláusula penal en el momento del cumplimiento y, desde nuestro punto de vista, el hecho

³¹⁸ SOERTEL-LINDACHER, ob. cit., p. 1694.

³¹⁹ HEINRICHS, en *Palandt Kommentar zum BGB*, 55.^a ed., MÜNCHEN, 1996, ex párrafo 341, p. 431.

³²⁰ ALBALADEJO, «Comentario a los arts. 1152 y 1155», cit., p. 479.

³²¹ El supuesto de hecho era el siguiente: el contratista demandó a la compañía que le había encargado la obra reclamándole el importe del precio pendiente. En primera instancia se estima la excepción de incompetencia de jurisdicción; en apelación se desestima tal excepción y se estima parcialmente la demanda. El Tribunal de apelación apreció la existencia de una deuda del actor frente al demandado, originada por la demora en la ejecución de la obra, ya que en el contrato se había acordado una penalización de 25.000 pesetas diarias por cada día que pasara del plazo establecido y declaró la extinción de los créditos por compensación en la cantidad concurrente.

El recurrente alegó, entre otros motivos, aplicación indebida de los artículos 1195 y 1196 CC en relación a los artículos 359, 542.2 y 543 LEC por haber apreciado el Tribunal la compensación sin haber sido opuesta por el demandado e inaplicación del artículo 1187 CC. Afirmaba el contratista recurrente que la deuda derivada de la cláusula penal había sido condonada tácitamente ya que, pese a haber incurrido en 975.000 pesetas de penalización por mora, la contraparte le abonó la parte del precio pendiente sin aplicar la cláusula penal.

de no ejercitarla inmediatamente no determina la pérdida de la posibilidad de exigir la pena con posterioridad, cabe pensar que el acreedor debe, al menos, manifestar de algún modo su desacuerdo con el contenido de la prestación defectuosa, porque de otra forma, y conforme a la regla anteriormente expuesta en torno al cumplimiento inexacto, la aceptación de la prestación sin protesta alguna podría considerarse como reconocimiento de su regularidad.

Fuera de la hipótesis en que al comportamiento del acreedor quepa atribuirle el significado de aquiescencia a la prestación irregular, pensamos que el acreedor puede ejercitar su pretensión a la pena en tanto que la acción no prescriba o deba ser paralizada por la aplicación del principio de buena fe. Esta última cuestión fue objeto de examen en la sentencia del TS de 3 de octubre de 1990. Dicha sentencia se dictó con ocasión de un supuesto en que, habiéndose entregado una obra con varios meses de retraso, sostenía el contratista que los dueños de la misma habían ejercitado tardíamente y contra los postulados de la buena fe la pretensión derivada de la cláusula penal estipulada en el contrato. La conducta de los propietarios de la obra fue la siguiente: aproximadamente a los dos meses y medio de la recepción de la obra los dueños enviaron al contratista, por conducto notarial, una carta en la que liquidaban el saldo a su favor derivado de compensar el importe debido como precio de la obra y el adeudado por el contratista como consecuencia del retraso. No exigieron, sin embargo, el pago de dicha cantidad hasta que el contratista les demandó unos meses después reclamando el pago del precio pendiente, momento en el cual los dueños de la obra reconvinieron solicitando las cantidades debidas a consecuencia de la aplicación de la cláusula penal. El Tribunal Supremo estimó que «de la conducta observada por los propietarios de la obra no puede racionalmente deducirse o presumirse una renuncia a exigir el cumplimiento de la pena convencional» y que tampoco concurrían en el caso de autos los requisitos para la aplicación de la doctrina de los propios actos.

En cualquier caso, hay que advertir que la situación es distinta en Navarra ya que la ley 518 de la Compilación dispone expresamente en su párrafo tercero que «cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiera pactado»³²². Constituye esta norma un supuesto de valoración legal del comportamiento, independiente de cual fuera realmente la voluntad del acreedor.

Continuando con el examen de los posibles supuestos de condonación tácita, hay que decir que en el Derecho alemán se apunta como ejemplo claro de remisión tácita la entrega de un recibo («Quittung») por parte del acreedor al deudor³²³. Hay que tener en cuenta que el parágrafo 368 BGB

³²² Sobre ello, *vid.* DÁVILA, *ob. cit.*, pp. 366 ss.

³²³ OERTMANN, *ob. cit.*, p. 431; STAUDINGER-KADUK, *ob. cit.*, p. 679; ERMAN-WESTERMANN, *ob. cit.*, p. 861; SOERGEL-ZEISS, *ob. cit.*, p. 1813; PALANDT-HEINRICHS, *ob. cit.*, p. 459.

impone al acreedor la obligación de entregar al deudor contra la recepción de la prestación (si éste lo pide) un recibo. Esta norma tiene como fin facilitar al deudor, sobre el que recae la carga de la prueba del pago, un medio de prueba de la extinción de la obligación³²⁴. Aunque la naturaleza jurídica del recibo ha sido bastante controvertida, en la actualidad la doctrina estima mayoritariamente que el recibo («Quittung») no tiene naturaleza negocial siendo un simple medio de prueba. El recibo es la confesión («Bekentniss») unilateral del acreedor de haber recibido la prestación. Es por tanto una mera declaración de ciencia³²⁵. La fuerza probatoria del recibo está sujeta al principio de libre apreciación de la prueba³²⁶, indicándose que será el juez el que tenga que enjuiciar el valor probatorio del recibo en cada caso individual³²⁷, y pudiendo el acreedor enervar la fuerza probatoria de éste, siempre que pueda eliminar el convencimiento del juez en torno a la recepción de la prestación por cualquier medio de prueba³²⁸. Cómo es lógico, de la simple entrega del recibo no se desprende la intención de remitir la deuda³²⁹. Tal intención podrá derivarse del hecho de que no haya existido previo pago de la deuda, siempre que el recibo no hubiese sido librado por el acreedor manteniendo la esperanza del pago³³⁰. Ahora bien, si habitualmente es al acreedor a quien corresponde enervar la fuerza probatoria del recibo y demostrar que no recibió la prestación o que entregó el recibo por error o en espera del pronto pago, si lo que se pretende es deducir de la entrega del recibo la voluntad de condonar la obligación, hay que entender que la prueba de su existencia corresponde al deudor puesto que es él quien tiene la carga de probar que se dan los presupuestos de la condonación³³¹. En el Derecho suizo, donde la ley también prevé la posibilidad del deudor de exigir un recibo al acreedor (art. 88 OR), se dice igualmente que la entrega del recibo cuando no se ha ejecutado la prestación puede implicar un supuesto de condonación tácita³³².

Los autores franceses, aunque aluden a la posibilidad de condonar la obligación mediante la entrega de un recibo («quittance»), consideran en

³²⁴ HEINRICHS, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. II, 3.^a ed., München, 1994, ex parágrafo 368, p. 1463.

³²⁵ OLZEN, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, t. II, 13.^a ed., Berlín, 1995, pp. 126, 127, ex parágrafo 368; ZEISS, en *Soergel Kommentar zum BGB*, t. II, 12.^a ed., Stuttgart, Berlín, Köln, p. 1766, ex parágrafo 368; WESTERMANN, en *Erman Handkommentar zum BGB*, t. I, 9.^a ed., Münster, 1993, p. 841, ex parágrafo 368.

³²⁶ MÜNCHENER-HEINRICHS, ob. cit., ex parágrafo 368, p. 1464; STAUDINGER-OLZEN, ob. cit., p. 127.

³²⁷ LARENZ, ob. cit., p. 247.

³²⁸ STAUDINGER-OLZEN, ob. cit., p. 127; MÜNCHENER-HEINRICHS, ob. cit., p. 1464; LARENZ, ob. cit., p. 247.

³²⁹ Señala STAUDINGER-OLZEN, ob. cit., p. 126, que aunque según una antigua teoría el recibo podía interpretarse como negocio bilateral que contenía un contrato de condonación, hoy día del recibo como tal no se desprende ninguna presunción de condonación en favor del acreedor.

³³⁰ ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 364. Con ello se alude a la posibilidad de que se entregue al deudor lo que se denomina «Vorausquittung» o recibo previo.

³³¹ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 682; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1551.

³³² GAUCH-SCHLUEP, ob. cit., p. 220; GUHL, MERZ Y KOLLER, ob. cit., p. 273.

cambio que, tratándose de un recibo ficticio que constata un pago en realidad no realizado, estamos ante un supuesto de simulación. De ahí que una vez que se descubre la existencia de la condonación disimulada, ésta no se considere tácita sino expresa³³³.

Por lo que respecta al Derecho español creemos que hay que mantener la misma conclusión. El libramiento del recibo supone una declaración (entendemos que confesoria y no negocial³³⁴) del acreedor de haberse realizado el pago. El recibo es la prueba básica del pago que el deudor puede exigir al acreedor de acuerdo con la buena fe y los usos del tráfico (art. 1258 CC)³³⁵. Si la prestación no se efectuó en realidad, el recibo implica la constatación de un pago simulado. Aunque mayoritariamente se viene considerando por la doctrina que el pago no constituye un negocio jurídico³³⁶, observa De Castro que «las declaraciones de voluntad dirigidas a modificar o extinguir una relación negocial pueden ser simuladas, en cuanto sobre ellas pueda existir y exista acuerdo o cooperación entre quien la emite y la persona a quien va dirigida y respecto de la que habrá de producir efecto inmediato (declaración recepticia)». Afirma, por consiguiente, que puede ser objeto de simulación el pago³³⁷.

En consecuencia, cuando se entrega al deudor un recibo sin que se haya ejecutado la correspondiente prestación se está simulando el pago y encubriendo la condonación, que ha de considerarse expresa y no tácita. Descubierta la verdadera voluntad de las partes la remisión disimulada será válida en la medida que reúna todos los requisitos exigidos en la ley, y entre ellos, los requisitos de forma³³⁸. Se plantea aquí el problema de si el documento en que consiste el recibo sirve para cubrir la forma escrita necesaria, conforme al artículo 632 en relación al 1187, 1 CC, para la condonación. Como es sabido, respecto de la donación de inmuebles disimulada bajo escritura pública de compraventa el TS ha mantenido frecuentemente que dicha escritura no vale como forma de la donación encubierta, afirmando que debe ser la donación misma, y no otro negocio con idéntica finalidad, lo que debe constar en escritura pública. Esta doctrina jurisprudencial no es sin embargo uniforme y especialmente en la última década el TS parece estar modificando su criterio inicial. En las últimas sentencias se mantiene la validez de la donación encubierta y se afirma que la escritura pública de compraventa vale como forma de la donación³³⁹. En consecuencia, salvo que se adopte la denominada «doctrina clásica» del TS en esta materia, tesis que, en nuestra opinión, difícilmente puede

³³³ LESSONA, ob. cit., p. 386; CARBONNIER, ob. cit., p. 137; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 636. En relación al Derecho belga, DEKKERS, *Précis de Droit civil belge*, cit., p. 350, texto y nota 2.

³³⁴ En este sentido, Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 513.

³³⁵ Díez-PICAZO, ob. cit., p. 513; CABANILLAS, voz «Pago» (Derecho Civil), en *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, vol. III, Madrid, 1995, p. 4728.

³³⁶ Por todos, Díez-PICAZO, ob. cit., pp. 473 ss.

³³⁷ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 347.

³³⁸ DE CASTRO, ob. cit., p. 353.

³³⁹ Vid. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos*, cit., p. 178, texto y nota 293.

mantenerse hoy día, hay que considerar que la remisión disimulada bajo un recibo ficticio cumple el requisito de forma exigido en la ley³⁴⁰.

El párrafo segundo del párrafo 397 BGB equipara el denominado reconocimiento de deuda negativo («negative Schuldanerkenntnis») —contrato a través del cual el acreedor reconoce que la deuda no existe— a la condonación. El reconocimiento de deuda negativo (al igual que el reconocimiento positivo, regulado en el párrafo 781) es un contrato abstracto, eficaz, por tanto, aunque carezca de causa³⁴¹. Pertenece a los negocios de fijación («Feststellungsgeschäften»), a través de los cuales se constata de forma vinculante entre las partes la existencia o inexistencia de una relación obligatoria³⁴². Ahora bien, el reconocimiento negativo puede tener dos funciones: meramente declarativa, cuando la deuda no existe previamente, o constitutiva, cuando las partes conocen la existencia de la obligación y se realiza el reconocimiento con la finalidad de extinguirla³⁴³. También en el primer caso, es decir, cuando las partes pretendían únicamente constatar la efectiva inexistencia de la deuda, si ésta existía en realidad, se extingue a consecuencia del reconocimiento contractual. Nace únicamente una pretensión de enriquecimiento sin causa en favor del acreedor que debe probar, no sólo que la deuda cuya inexistencia pretendía constatar existía verdaderamente, sino también que realizó el reconocimiento confiando erróneamente en su inexistencia³⁴⁴. Es decir, dado que en el Derecho alemán el reconocimiento es abstracto, si la situación jurídica reconocida no coincide con la real ésta se modifica³⁴⁵. El reconocimiento negativo tiene, pues, eficacia dispositiva o real («dinglicher Wirkung»)³⁴⁶.

Hay que resaltar que el reconocimiento negativo al que se refiere el párrafo 397 es un contrato. La mera declaración unilateral del acreedor de que la deuda no existe se considera una declaración de ciencia que dificulta al acreedor la prueba del crédito pero no conlleva la extinción de la obligación por sí misma. Caso de que la deuda existiera en realidad le basta al acreedor refutar el reconocimiento unilateral probando su existencia. No tiene que ejercitar ninguna «condictio» porque la deuda no se extingue a consecuencia de tal reconocimiento³⁴⁷.

³⁴⁰ Obviamente esta conclusión no podría mantenerse de estimarse que la condonación es un negocio bilateral ya que en el recibo no consta por escrito la aceptación del deudor.

³⁴¹ ESSER-SCHMIDT, ob. cit., p. 339.

³⁴² LARENZ, ob. cit., p. 268.

³⁴³ PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 545.

³⁴⁴ La pretensión de enriquecimiento sin causa se sustancia en una pretensión al restablecimiento («Wiederherstellung») del crédito que sólo puede ser ejecutada a través de la celebración de un nuevo contrato idéntico al primitivo y en la forma requerida para éste. Los fiadores y terceros garantes no responden ya, sin embargo, por el nuevo crédito. ENNECCERUS, ob. cit., p. 364; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1816; PALANDT-HEINRICH, ob. cit., p. 460.

³⁴⁵ LARENZ, ob. cit., p. 268.

³⁴⁶ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1552.

³⁴⁷ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., pp. 679, 680; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1552.

El párrafo 397, 2, en cuanto equipara el reconocimiento negativo a la condonación se refiere, evidentemente, al reconocimiento constitutivo, realizado con la finalidad de extinguir la obligación³⁴⁸. A diferencia del reconocimiento positivo es un negocio libre de forma. Aun cuando se realice gratuitamente no se aplica la exigencia de forma prevista en el párrafo 518 para la promesa de donación porque, siendo un negocio de disposición («Verfügungsgeschäft»)³⁴⁹, implica la ejecución del acto de liberalidad. Por tanto, al igual que sucede con el contrato de condonación propiamente dicho no precisa la forma requerida en el párrafo 518, exigible sólo cuando un sujeto asume la obligación de efectuar un acto de liberalidad³⁵⁰.

Pérez y Alguer, seguidos por Castán, afirman que cabe también en el Derecho español el contrato de reconocimiento negativo³⁵¹. En principio no hay obstáculo para admitir su existencia como una modalidad de los contratos de fijación³⁵². Pero ¿puede equipararse a la condonación de la deuda como sucede en el Derecho alemán? ¿Podría considerarse un modo de condonar tácitamente la deuda? En nuestra opinión está claro que si se reconoce la inexistencia de una deuda en realidad existente estamos, al igual que en el supuesto del recibo de un pago ficticio, ante un supuesto de simulación.

En nuestro Derecho no cabe el contrato de reconocimiento abstracto. Concebido el reconocimiento como negocio de fijación tiene su causa (entendida ésta como función económica típica) en la fijación de la relación previa de modo vinculante. El reconocimiento genera para las partes la obligación de estar y pasar por lo constatado en el reconocimiento. Cuando se trata de reconocimiento positivo si la relación reconocida no existe se entiende que el reconocimiento carece de causa³⁵³. Lo mismo cabe decir del reconocimiento negativo. Si la relación cuya inexistencia se dice constatar existe en realidad, el reconocimiento, en cuanto negocio de fijación, carece de causa, se manifiesta una causa falsa. Bajo la apariencia del reconocimiento subyace otra función económica, la dirigida a extinguir la relación obligatoria preexistente. Al igual que indicamos respecto de la hipótesis del recibo de un pago efectivamente no realizado, el negocio oculto –la condonación que, una vez descubierta, hay que considerar como condonación expresa y no tácita– será válido si reúne los requisitos exigidos por la ley. Por lo tanto, el documento privado en que conste, en su caso, el reconocimiento vale, a nuestro juicio, como forma de la remisión disimulada.

³⁴⁸ WALSMANN, ob. cit., p. 231; PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 545.

³⁴⁹ GERNHUBER, ob. cit., p. 392; ESSER-SCHMIDT, ob. cit., p. 339.

³⁵⁰ ESSER-SCHMIDT, ob. cit., p. 338.

³⁵¹ PÉREZ Y ALGUER, *Notas al Derecho de Obligaciones* de ENNECCERUS, cit., p. 367; CASTÁN, ob. cit., p. 366.

³⁵² DÍEZ-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., p. 341.

³⁵³ Así como de objeto, vid. GETE-ALONSO, *El reconocimiento de deuda, aproximación a su configuración negocial*, Madrid, 1989, pp. 245 ss.

Observa también la doctrina alemana que el acordar un plazo muy corto de prescripción puede implicar, bajo ciertas circunstancias, la condonación de la deuda³⁵⁴. En este caso, al igual que en las dos hipótesis anteriores, habría que considerar el acuerdo relativo al plazo de prescripción como un negocio simulado bajo el cual se oculta un contrato de remisión, no tácito, sino expreso.

Como puede apreciarse, ninguno de los supuestos analizados puede considerarse como condonación tácita. Pese a que la doctrina y la jurisprudencia viene manteniendo que cabe la posibilidad de efectuar la condonación a través de cualquier comportamiento concluyente, difícilmente puede encontrarse un modo tácito de condonar la deuda distinto del comportamiento previsto en la ley (art. 1188) como presunción de condonación. Es más, en ninguna de las sentencias que hemos examinado, y a las que ya se ha hecho referencia en su mayoría³⁵⁵, estima el TS que el comportamiento del que se pretende derivar la voluntad de perdonar la deuda pueda considerarse como demostrativo de tal voluntad. Pese a que reiteradamente se afirma que la remisión puede efectuarse tácitamente, de la jurisprudencia puede extraerse únicamente una relación de casos que no son condonación tácita. Si bien hay una sentencia (S. 25-10-1955) en la que el TS reconoce la existencia de una renuncia deducida de ciertos actos o circunstancias, lo hace, no por considerar que se trata de un supuesto de condonación tácita, sino en base a su caracterización como renuncia englobada dentro de una transacción³⁵⁶. Así, afirma esta Sentencia: «...pues si bien el alegado artículo 1187 establece que la condona-

³⁵⁴ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1549.

³⁵⁵ Así, SS de 13 de junio de 1903, 22 de noviembre de 1906, 8 de julio de 1915, 19 de noviembre de 1915 y S de 21 de noviembre de 1988 ya expuestas.

Además, S de 21 de junio de 1955, en la que observa el TS que el hecho de que los acreedores hayan solicitado y obtenido del deudor cantidades a préstamo no demuestra de modo expreso ni tácito que la extinción de la deuda esté reconocida por los mismos.

³⁵⁶ El caso de autos era el siguiente: el recurrente había comprado un inmueble que se hallaba arrendado, obligándose los vendedores a entregar la finca libre de inquilinos (existían dos). Se pagó parte del precio quedando el resto aplazado hasta que los vendedores entregaran la casa libre de ocupantes. Los vendedores procedieron al desahucio de uno de los inquilinos pero suspendieron las gestiones con el segundo ya que éste -Sr. C.- era a su vez propietario de otra casa que el comprador -Sr. G.- tenía arrendada. El citado arrendatario -Sr. C.-, ante la pretensión de ser desalojado de su vivienda, exigió al comprador de ésta -Sr. G.- que abandonara la casa que él le tenía alquilada. Por ello se llevó a cabo una transacción aceptada por el comprador -Sr. G.- y el inquilino de la vivienda comprada -Sr. C.- según la cual este último seguiría ocupando la vivienda en cuestión y el comprador seguiría como arrendatario de la casa de su propiedad. A consecuencia de esta transacción, que fue comunicada a los vendedores, se entendió que éstos quedaban relevados de su obligación de entregar el inmueble libre de inquilinos.

Sin embargo, con posterioridad el comprador dirigió una carta a los vendedores en la que les exigía el cumplimiento de la obligación de desalojo. Los vendedores demandaron al comprador que se negaba a pagar el precio restante y al otorgamiento de la escritura pública de compraventa. En primera Instancia fue condenado el comprador. La sentencia de apelación confirmó dicha resolución, estimando que el comprador había renunciado a la obligación de desalojo de los vendedores. Este interpuso recurso de casación alegando violación del artículo 1187 CC y afirmando que no se daban las circunstancias exigidas por este precepto para apreciar la existencia de condonación.

ción de la deuda cuando es expresa, habrá de acomodarse a las formas de la donación, en el propio motivo reconoce el reurrente que esa renuncia o relevación la deduce la Sala de otros actos o circunstancias, o sea, que es implícita pero no expresa, lo que bastaría para rechazar en el caso presente la aplicación del precepto; pero además esto no excluye la posibilidad de que si no media el «animus donandi» característico y esencial de toda donación, tenga eficacia la renuncia unilateral de un derecho al amparo del artículo 4 CC, sin necesidad de someterla a las reglas de las donaciones, y en el caso que se considera nada consta en los autos que revele que la citada renuncia se haya hecho por causa de liberalidad, sino más bien para satisfacer propias conveniencias del renunciante en sus relaciones con el inquilino que sigue en el local».

Con base a todo lo expuesto creemos estar en condiciones de afirmar que la condonación tácita equivale a la condonación presunta. Con independencia de que sea la única interpretación que permite coordinar los dos párrafos del artículo 1187 CC, y con independencia de que desde nuestro punto de vista las denominadas «declaraciones presuntas» no son sino una modalidad de las declaraciones tácitas (de las que se diferencian únicamente en que la valoración del comportamiento en cuestión viene preestablecida legalmente), puede apreciarse, después de analizar los supuestos que previsiblemente parecen demostrativos de la voluntad del acreedor de remitir la deuda, que es sumamente improbable que pueda darse un modo de condonar tácitamente la deuda distinto del previsto en el artículo 1188 CC.

VI. EXAMEN DEL ARTÍCULO 1188 CC

1. PLANTEAMIENTO

El artículo 1188 CC establece, según la opinión general, una presunción de condonación derivada del comportamiento consistente en la entrega del documento justificativo del crédito por el acreedor al deudor. Una regla similar se prevé en los Códigos francés e italiano donde, como sabemos, de dicha conducta se deriva una presunción «iuris et de iure» de liberación –se dice que tal conducta «hace prueba» de la liberación– que puede obedecer tanto al pago como a la condonación. Tal presunción legal de liberación permite probar la existencia de condonación tácita en los casos en que, por exigirse la prueba documental del convenio y no darse ninguna de las excepciones establecidas en la ley, no cabe acudir a la prueba de testigos ni a la de presunciones de hecho (obviamente también puede acudirse a tal presunción cuando se admiten todos los medios de prueba³⁵⁷).

³⁵⁷ Es decir, cuando el importe de la obligación es inferior al establecido en la ley, existe algún principio de prueba por escrito, o se da alguna de las demás circunstancias previstas en la ley para excluir la necesidad de prueba escrita.

La doctrina española no es unánime en cuanto a la naturaleza de la presunción contenida en el artículo 1188. Parte de la doctrina estima que el artículo 1188 establece una presunción «iuris tantum» de condonación³⁵⁸, indicándose que cabe prueba en contrario «demostrando que la entrega del documento, aun voluntaria, se hizo por motivo o con finalidad distinta a la de perdonar la deuda»³⁵⁹ y que, en cualquier caso, el propio artículo 1188 permite al deudor la prueba del pago³⁶⁰. Aunque tal hipótesis está prevista para el supuesto en que el acreedor o sus herederos aleguen que la supuesta condonación es inoficiosa, en relación a este último párrafo se entiende que «nada impide que una invocación de este tipo pueda realizarse con motivos distintos»³⁶¹.

Otros autores sostienen, sin embargo, que la presunción contenida en el artículo 1188 es de carácter «iuris et de iure»³⁶². Tal afirmación resulta extraña si se tiene en cuenta que el párrafo segundo de dicho precepto permite expresamente la prueba del pago, a no ser que se entienda que la presunción de condonación es «iuris et de iure» sólo para el acreedor³⁶³, quien, una vez que concurren todos los presupuestos que dan lugar a la presunción, no puede demostrar que no tuvo voluntad de condonar la obligación. Sin embargo, no es ésta la opinión de los que mantienen la eficacia «iuris et de iure» de la indicada presunción, puesto que admiten la posibilidad de que, aun concurriendo todos los elementos del supuesto de hecho de la norma, el acreedor pueda todavía probar que no tuvo voluntad de condonar la deuda. Tal circunstancia no contradice el predicado carácter «iuris et de iure» de la presunción de condonación porque se piensa que la entrega, además de ser voluntaria, ha de ser realizada con la voluntad de condonar la obligación³⁶⁴, con lo cual al probar la falta de tal voluntad, el acreedor está atacando los presupuestos que dan lugar a la presunción pero no la presunción misma. Concretamente y según Blasco Gascó lo que se estaría atacando al demostrar la falta de voluntad condonante cuando se entregó el documento al deudor es la presunción del artículo 1189, no la del artículo 1188 CC³⁶⁵.

³⁵⁸ Así PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 440.

³⁵⁹ LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 319

³⁶⁰ DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Colin y Capitant*, t. III, cit., pp. 314, 315.

³⁶¹ Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 565.

³⁶² SCAEVOLA, ob. cit., p. 1060; CERRILLO, voz «Condonación», en *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, t. IV, p. 907; BLASCO GASCÓ, ob. cit., pp. 1277, 1280.

³⁶³ BLASCO GASCÓ, tras insistir en que la presunción del artículo 1188 tiene fuerza «iuris et de iure» («Las presunciones de condonación», cit., pp. 1277, 1280) dice que, no obstante, «el legislador, consciente de la realidad y mostrando un claro *favor debitoris* permite a éste probar que la entrega del documento privado se hizo en virtud del pago entregando al deudor un arma defensiva contra la pretensión de inoficiosidad» (p. 1281).

³⁶⁴ CERRILLO, ob. cit., p. 907.

³⁶⁵ BLASCO GASCÓ, ob. cit., p. 1275, dice que una de las circunstancias que puede probar el acreedor para dejar sin efecto la presunción de voluntariedad de la entrega establecida en el artículo 1189 es que «su intención no fue condonar la deuda, sino cualquier otro motivo justo y legítimo».

Resulta por consiguiente que, tanto los autores que opinan que la presunción del artículo 1188 tiene carácter «iuris et de iure», como los que opinan que tiene carácter «iuris tantum», coinciden en cuanto a las circunstancias que pueden invocarse para destruir la presunción. Además de la falta de concurrencia de los elementos del supuesto de hecho, lo que es obvio, se admite que el acreedor puede demostrar que su intención no fue condonar la deuda. Y por supuesto, nadie niega que el deudor pueda probar el pago.

Es de notar que la doctrina española analiza conjuntamente los dos párrafos del artículo 1188 y estima, casi unánimemente y pese al tenor literal del precepto, que el párrafo primero del citado artículo sienta una presunción de condonación, admitiendo en su párrafo segundo la prueba del pago. Nosotros pensamos, sin embargo, que el artículo 1188 contiene dos «presunciones»: una genérica «presunción»³⁶⁶ de liberación en su primer párrafo, y una presunción de condonación en el segundo³⁶⁷, y que la naturaleza y efectos de cada una de estas «presunciones» debe analizarse por separado.

Que el artículo 1188 encierra tal juego de «presunciones» se desprende de la propia redacción del precepto. Los autores que se ocupan del tema interpretan que la «renuncia de la acción» a que hace referencia el primer párrafo del repetido artículo 1188 equivale a la renuncia al derecho y, por tanto, debe considerarse sinónima de «condonación»³⁶⁸. Sin embargo, si se admite esta interpretación, la contradicción entre el primer y el segundo párrafo del artículo 1188 es palmaria. El párrafo segundo de este artículo dice: «Si para invalidar esta renuncia —la renuncia de la acción— se pretendiere que es inoficiosa, el deudor y sus herederos podrán sostenerla —la renuncia— probando que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda». Como observa Blasco Gascó, si se prueba que hubo pago, no puede sostenerse la «renuncia de la acción» entendiendo por tal expresión la condonación de la obligación puesto que el pago implica la extinción de la misma por su cumplimiento. Donde el legislador ha dicho «implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo» hay que entender «implica la extinción de la obligación» o la «liberación del deudor»³⁶⁹. La utilización de esta expresión, «renuncia de la acción»,

³⁶⁶ De momento, y por razones metodológicas, utilizamos el término «presunción» para hacer referencia a las reglas contenidas en los distintos párrafos del artículo 1188 aunque como veremos la establecida en el párrafo primero difícilmente puede calificarse como presunción.

³⁶⁷ Tal interpretación aparece ya apuntada por MANRESA, ob. cit., p. 784, quien indica que el artículo 1188 regula en su párrafo primero la *finalidad* con que se realiza la entrega del documento —consistente en la extinción de la obligación— y en su párrafo segundo la causa de la misma, el motivo del resultado extintivo —el pago o la condonación.

³⁶⁸ SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 137; PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 440, nota 40; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 565; ALBALADEJO, ob. cit., p. 293.

³⁶⁹ Sin embargo este autor se adhiere después a la opinión general y, basándose en lo establecido en el párrafo segundo, afirma que el artículo 1188 CC presume la condonación de la obligación. Ob. cit., pp. 1279-1281.

se explica, probablemente, por una reminiscencia que tiene su origen en el fundamento de la presunción en los sistemas de prueba tasada, como era el del Proyecto español de 1851. En ellos la entrega del documento justificativo del crédito puede considerarse equivalente a la renuncia de la acción puesto que al desproveerse el acreedor del medio de prueba de su derecho no puede ejercitarlo judicialmente con éxito.

Que el párrafo segundo del artículo 1188 presume la condonación de la obligación se deduce del hecho de que aquellos que pretendan ejercitar una acción de reducción por inoficiosidad para invalidar la extinción de la obligación –lo que sólo es posible si la misma tiene su causa en la condonación– no tienen que probar este modo de extinción. Para evitar la rescisión el deudor o sus herederos deben probar el pago, luego a los herederos del acreedor les basta con invocar la remisión. Por tanto, una vez que se entiende producida la liberación del deudor, el párrafo segundo del artículo 1188 aclara que la misma se considera debida a la condonación de la obligación y no indistintamente al pago o a la remisión. Con ello se pretendía zanjar las discusiones surgidas en el Derecho francés e italiano acerca de si debía presumirse el pago o la remisión. Nuestro CC presume que la extinción de la obligación es consecuencia de la condonación pero admite la prueba del pago. Lo que cabría preguntarse, a la vista del tenor literal del artículo 1188.2 es si esta presunción de condonación favorece sólo a los herederos del acreedor³⁷⁰ o tiene carácter general y favorece también, por ejemplo, a los acreedores del deudor a efectos de la acción pauliana.

2. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1188

A) Efectos de la entrega del documento justificativo del crédito

El párrafo primero del artículo 1188 dispone que la entrega voluntaria del documento justificativo del crédito por el acreedor al deudor implica la «renuncia de la acción» que, como venimos diciendo, equivale a la extinción de la obligación o la liberación del deudor.

En el Derecho francés y en el Derecho italiano se afirma que la presunción de liberación por entrega del documento privado justificativo del crédito (contenida respectivamente en los artículos 1282 CC francés, 1237 CC italiano –1353 en el derogado–) tiene carácter «*iuris et de iure*» puesto que los preceptos que la establecen no admiten la prueba en contrario (la regla general en estos ordenamientos es la inadmisibilidad de prueba en contrario de las presunciones establecidas en la ley salvo reserva legal expresa). El acreedor puede evitar el juego de la presunción atacando los elementos constitutivos del supuesto de hecho de la misma pero, demostrándose la concurrencia de todos ellos, se considera liberado al deudor.

³⁷⁰ Así lo apunta CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1388.

No obstante, en el Derecho francés, y pese a que se afirma que la indicada presunción es de carácter absoluto o «*iuris et de iure*», se permite al acreedor probar que no tuvo lugar la liberación del deudor mediante confesión o juramento decisorio³⁷¹. Esta es una excepción que se deriva de la regla general prevista en el artículo 1352 CC que establece la posibilidad de desvirtuar mediante tales medios de prueba cualquier presunción legal³⁷². El Código italiano de 1865 no recogió dicha regla en su artículo 1353³⁷³ al regular la eficacia de las presunciones legales, por lo que la imposibilidad de combatir la presunción de liberación contenida en el artículo 1279 CC una vez probada la concurrencia de las circunstancias previstas en el mismo no admitía ninguna excepción³⁷⁴. Lo mismo sucede en el Código actual.

Partiendo de esta eficacia «*iuris et de iure*» que se predica de la presunción contenida en la regla primera del artículo 1237 del actual CC italiano, la doctrina moderna indica que en realidad dicha norma contiene un supuesto de valoración legal típica del comportamiento del acreedor³⁷⁵. A través de dicha norma el legislador liga la liberación del deudor o la extinción de la obligación al supuesto de hecho consistente en la «restitución voluntaria del título original del crédito»³⁷⁶.

Por lo que respecta al párrafo primero del artículo 1188 CC, hay que preguntarse si la norma en él establecida debe considerarse como una presunción de liberación con carácter «*iuris et de iure*» como sucede en el Derecho francés e italiano. Según el artículo 1251 CC «las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba». El artículo 1188.1 no prohíbe expresamente la prueba en contrario de la «renuncia a la acción» del acreedor. Sin embargo, cabe cuestionarse si el indicado artículo 1251 es de aplicación a la regla primera del artículo 1188. Esta última norma no aparece formulada como si de una presunción se tratase ya que se limita a conectar a un determinado comportamiento —la entrega del documento— una concreta consecuencia jurídica —la extinción de la obligación—. Más bien parece que se trata de una disposición legal sustantiva.

³⁷¹ LAURENT, ob. cit., núms. 361 ss., pp. 390-393; DEMOLOMBE, ob. cit., núms. 424, 429, pp. 303, 306; MAZEAUD, ob. cit., p. 1190; POISSON, ob. cit., núms. 35, 41, p. 3.

³⁷² Artículo 1352 CC francés: «La presunción legal dispensa de toda prueba a aquel en beneficio del cual existe. No se admite ninguna prueba contra la presunción de la ley, cuando, sobre el fundamento de esta presunción, anula ciertos actos o deniega la acción en juicio, a menos que se haya reservado la prueba en contrario y salvo lo que se dirá sobre el juramento y la confesión judicial».

³⁷³ Artículo 1353 CC italiano 1865: «No se admite ninguna prueba contra las presunciones legales, cuando sobre el fundamento de ésta se anulan ciertos actos y se niega la acción en juicio, salvo que la ley haya reservado la prueba en contrario».

³⁷⁴ LOMONACO, ob. cit., pp. 292, 293; RICCI, ob. cit., p. 389; GIORGI, ob. cit., p. 383.

³⁷⁵ GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 786; DI PRISCO, ob. cit., p. 307.

Asimismo, GIAMPICCOLO, ob. cit., p. 800; CARIOTA-FERRARA, ob. cit., p. 341, y SANTORO PASSARELLI, ob. cit., p. 125, incluyen este supuesto entre los ejemplos de manifestaciones de voluntad legalmente tipificadas.

³⁷⁶ ALLARA, ob. cit., p. 293.

Similar formulación encontramos por ejemplo en el artículo 1000 CC o en el 1566 y nadie considera aplicable el artículo 1251 a estos preceptos con objeto de permitir demostrar que no ha existido voluntad de aceptar la herencia o de prorrogar el arrendamiento³⁷⁷. Si en relación al artículo 1110 CC cabe interpretar que establece una presunción «iuris tantum», ello no se deriva de la aplicación del artículo 1251, sino de los antecedentes históricos del precepto y de su relación con el artículo 1621. Por lo que respecta al artículo 266, los autores que defienden que contiene una presunción «iuris tantum», apuntan como único supuesto de «prueba en contra» de la extinción del crédito el hecho de que el tutor no conociera la existencia del crédito omitido en el inventario³⁷⁸. Tal hipótesis no puede considerarse en realidad como «prueba en contrario» de la existencia de voluntad de renuncia. Si el tutor no conocía la existencia del crédito no podía lógicamente incluirlo en el inventario³⁷⁹ no dándose, por tanto, el supuesto de hecho de la norma.

Manresa, inclinándose por la postura que aquí defendemos, ya indicaba que «más bien que presunción, es regla la primera parte del artículo 1188»³⁸⁰. En nuestra opinión el párrafo primero del artículo 1188 CC contiene una regla de valoración legal del comportamiento. Ello significa que aquel que niegue que tal conducta haya determinado la extinción de la obligación deberá demostrar que no concurre alguno de los elementos que forman parte del supuesto de hecho de la norma. Conviene por tanto analizarlos por separado.

B) Elementos del supuesto de hecho de la norma

a) Documento privado justificativo del crédito

¿Qué debe entenderse por «documento privado justificativo del crédito»? En el Derecho alemán, junto con la entrega del recibo al deudor –supuesto que ya tuvimos ocasión de analizar– se considera un supuesto de condonación tácita el derivado de la devolución por el acreedor al deudor del título de la obligación («Schuldschein»), obviamente, cuando no ha existido pago u otra causa de cancelación de la obligación.

³⁷⁷ No queremos decir con esto que la existencia de una presunción exija necesariamente la utilización del término «se presume». Por un lado porque existen presunciones en el CC en las que no se emplea tal expresión (vid. SERRA DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 595). Por otro, porque las denominadas «presunciones iuris et de iure», como sería por ejemplo la prevista en el artículo 643 CC –que utiliza la expresión «se presumirá»–, no son tales presunciones. Las verdaderas presunciones operan en el terreno de la prueba y las «iuris et de iure» producen en realidad efectos sustantivos.

³⁷⁸ LETE DEL RÍO, ob. cit., p. 366.

³⁷⁹ Así lo observa GETE-ALONSO, *Comentarios a las Reformas...*, cit., p. 486, quien, aunque estima que la consecuencia jurídica prevista en el precepto se impone a modo de sanción y con independencia de la voluntad del tutor, no considera aplicable el indicado artículo a esta hipótesis. El tutor, dice, «ignorando el crédito o su subsistencia estaría, en todo caso, ante la imposibilidad absoluta de incluirlo en el inventario».

³⁸⁰ MANRESA, ob. cit., p. 787.

La calificación de este comportamiento como posible medio de condonar tácitamente la deuda se funda en el hecho de que el parágrafo 371 BGB permite al deudor exigir al acreedor, cuando ejecuta la prestación, además del correspondiente recibo (facultad prevista en el parágrafo 368), el título escrito de la obligación. Esta facultad la ostenta el deudor no sólo en el supuesto del pago sino cuando por cualquier medio se extingue la obligación³⁸¹. Mientras que la norma que se refiere a la entrega del recibo tiene como fin proveer al deudor de un medio de prueba de la extinción de la obligación, el parágrafo 371 tiene como fin impedir la utilización abusiva del título por parte del acreedor ya que la posesión del mismo se considera un indicio de la subsistencia de la obligación. Existe un interés del deudor y un interés general en la protección del tráfico en hacer desaparecer de la circulación los títulos que devienen incorrectos.

Ahora bien, el título de la obligación o «Schuldschein» a que se refiere el parágrafo 371 BGB para imponer al acreedor el deber de entregarlo al deudor, es aquel documento extendido por el deudor con el fin de asegurar la prueba de la existencia de la deuda. A través de dicho documento puede crearse la obligación o simplemente confirmarse su existencia. Es necesario que esté firmado por el deudor y que constate el contenido de la obligación al menos en sus puntos esenciales de modo que sea apropiado para probar el contenido esencial de la misma. No se incluyen en el concepto de «Schuldschein» los documentos contractuales³⁸².

Así pues, lo que puede considerarse en el Derecho alemán como condonación tácita es la devolución por el acreedor al deudor del documento expedido por este último con la finalidad específica de dotar al acreedor de un medio de prueba del derecho de crédito. No la entrega del documento en el que, en su caso, se redactó el contrato que dio origen a la obligación.

En el Derecho francés, por el contrario, la expresión «título original bajo firma privada» empleada en el artículo 1282, se refiere al *documento contractual*, al documento elaborado para probar la celebración del contrato y la existencia de la obligación³⁸³—que deberá respetar las formalidades legales³⁸⁴—. Como sabemos, el fundamento de la presunción de liberación establecida en el indicado artículo 1282 está íntimamente ligado al sistema probatorio vigente en el país vecino y al hecho de que la ley exige que la prueba de las obligaciones que exceden de un determinado

³⁸¹ ZEISS, en *Soergel Kommentar zum BGB*, t. II, 12.ª ed., Stuttgart, Berlín, Köln, 1990, ex parágrafo 371, p. 1770; WESTERMANN, en *Erman Handkommentar zum BGB*, t. I, 9.ª ed., Münster, 1993, ex parágrafo 371, p. 843; OLZEN, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, t. II, 13.ª ed., Berlín, 1995, ex parágrafo 371, p. 139.

³⁸² STAUDINGER-OLZEN, ob. cit., pp. 137, 138; ERMAN-WESTERMANN, ob. cit., p. 843; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1769; HEINRICHS, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. II, 3.ª ed., München, 1994, ex parágrafo 371, pp. 1468, 1469.

³⁸³ LAURENT, ob. cit., núm. 347, p. 372.

³⁸⁴ Es indispensable que se encuentre firmado por las partes contratantes y que se redacte en doble ejemplar si el contrato es sinalagmático—art. 1325—. Si el contrato es unilateral debe respetarse lo establecido en el artículo 1326.

valor se lleve a cabo mediante la documentación del contrato constitutivo de las mismas. Naturalmente el documento en cuestión ha de ser el único que posea el acreedor. Si se redactó más de un ejemplar como en el supuesto de obligaciones sinalagmáticas (art. 1325) la operatividad de la presunción de liberación exige que no quede ninguno en poder del acreedor³⁸⁵. La misma interpretación en relación al concepto de «título original» privado se mantenía en el Derecho italiano posterior al CC de 1865 (art. 1279 CC) y se conserva en el Derecho vigente (art. 1237.1 CC)³⁸⁶.

En consonancia con lo expuesto afirmaba Demolombe que documentos tales como facturas, cuentas, memorias o estados de suministros librados por el acreedor, etcétera, no redactados con la finalidad de probar la celebración del contrato y que, no estando firmados por el deudor no constituyen título contra él, no tenían la consideración de «título escrito de la obligación»³⁸⁷. Lo mismo mantenía Giorgi con referencia a la situación anterior al Codice civile de 1942³⁸⁸.

Ambos autores observaban también que la entrega de documentos reconocitivos o confirmativos de la obligación no permitía poner en juego la presunción de liberación. No tanto por no revestir el carácter de título «original» como por no darse el carácter de documento «único». Así se deduce del hecho de que admitieran la solución afirmativa en el supuesto en que el documento reconocitivo fuese el único medio de prueba con el que contaba el acreedor³⁸⁹.

Por lo que respecta al Derecho español, al igual que en el Derecho francés e italiano se afirma que el documento privado del que habla el artículo 1188.1 debe ser el único del que disponga el acreedor³⁹⁰, no dándose el supuesto de hecho de la norma si el acreedor se queda con un duplicado. La cuestión no está tan clara en cuanto a qué debe entenderse por «documento justificativo del crédito». La afirmación de la jurisprudencia de que el documento debe ser necesariamente justificativo del crédito, y que de él debe resultar la deuda (S. 19-10-1897; 20-10-1913; 3-4-1928; 13-2-1965) no es sino una reiteración de lo ya expresado en el artículo 1188.1 y, con otros términos, en el 1189. Manresa indica que tal documento es aquel que pueda considerarse como «título escrito de la obligación o al menos como demostración directa y principal de la existencia de ésta a falta de aquél»³⁹¹ y Díez-Picazo matiza que «no es necesario, por supuesto, que se trate de un documento que incorpore el derecho, en el sentido de los títulos valores, pero debe constituir elemento necesario del ejercicio de la acción». Gonzá-

³⁸⁵ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 403, p. 287; POISSON, ob. cit., p. 4.

³⁸⁶ Vid. GIORGI, ob. cit., p. 382; PERLINGIERI, ob. cit., p. 242; DI PRISCO, ob. cit., p. 308, nota 47.

³⁸⁷ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 406, p. 288.

³⁸⁸ GIORGI, ob. cit. p. 382.

³⁸⁹ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 405, p. 288; GIORGI, ob. cit. p. 382.

³⁹⁰ SCAEVOLA, ob. cit., p. 1058; MANRESA, ob. cit., p. 785; CERRILLO, ob. cit., p. 907; BLASCO GASCÓ, «Las presunciones de condonación», cit., p. 1270; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 564.

³⁹¹ MANRESA, ob. cit., p. 785.

lez Porras estima que entran en el ámbito de la regla primera del artículo 1188 documentos tales como cartas, presupuestos, facturas, etcétera, si su posesión sirve al deudor para acreditar el pago³⁹². Manresa y Rivero Hernández mantienen la opinión contraria³⁹³.

En nuestra opinión, y dado que en el Derecho español la ley no impone la obligación de preconstituir la prueba documental del contrato, siendo admisible cualquier medio de prueba (arts. 1215, 1244, 1248), «documento justificativo del crédito» no tiene por qué ser necesariamente el documento redactado con el fin de probar la celebración del contrato. No tiene que tratarse del «documento contractual». Lo decisivo es que sea *la única prueba documental del convenio*. Téngase en cuenta que, aunque en el Derecho español no están limitados los medios de prueba, al fin y al cabo también aquí el fundamento de la presunción descansa en que al entregar el documento, el acreedor pierde, no el único, pero sí un importante medio de defensa. Quizá el acreedor cuente con otros medios de prueba pero, siempre que no sean documentales, no queda impedido el juego del artículo 1188.1. Dada la libertad probatoria que existe en nuestro Derecho, difícilmente podrá encontrarse un caso en que el documento constituya «elemento necesario del ejercicio de la acción». Por tal razón entendemos que siempre que el documento de que se trate se encuentre firmado por el deudor y demuestre la existencia de la obligación de que se trate estaremos ante un «documento justificativo del crédito». Por tanto, una carta o un documento de reconocimiento de deuda librado por el deudor³⁹⁴, pueden considerarse como «documento justificativo del crédito» a los efectos del artículo 1188.1 siempre que el acreedor no tenga en su poder otro documento probatorio del derecho de crédito.

En cuanto a la factura, que constituye medio de prueba de las obligaciones mercantiles, es necesario distinguir según que se encuentre o no aceptada por el deudor. La factura no aceptada tiene sólo valor probatorio (como confesión extrajudicial) contra el que la expide y por consiguiente no puede ser conceptuada como «documento justificativo del crédito». Si la factura se encuentra aceptada por su destinatario, tiene valor probatorio contra éste ya que supone su aprobación a la ejecución del contrato³⁹⁵. Señala Cloquet que la aceptación de la factura por el cliente determina una manifestación de su adhesión a una convención previa y confirma la existencia del crédito invocado por el que emite la factura. No es un mero hecho material sino un acto jurídico que tiene como efecto el nacimiento

³⁹² GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., p. 345.

³⁹³ MANRESA, ob. cit., p. 785; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 319.

³⁹⁴ No tiene que tratarse de un documento en el que se constate un *contrato de reconocimiento de deuda*, entendido éste como negocio de fijación. Puede tratarse de un documento redactado unilateralmente por el deudor y de eficacia meramente reconocitiva, es decir, con valor meramente confesorio, similar al concepto de «Schuldschein» propio del Derecho alemán.

³⁹⁵ LANGLEY y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, t. III, Barcelona, 1959, p. 99; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1983, pp. 27, 28; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, t. II, 17.ª ed., Madrid, 1994, p. 140.

de obligaciones. Afirma en consecuencia que la factura aceptada y firmada por el cliente constituye una prueba de la deuda contraída por éste frente al que la expide³⁹⁶. En semejante sentido se manifiesta Uría quien indica que la eficacia probatoria de la factura aceptada «se extiende a la existencia misma del contrato, a su conclusión y condiciones esenciales, y a las indicaciones o cláusulas accesorias que le acompañen»³⁹⁷. Así pues, estando aceptada la factura, no vemos obstáculo para considerarla como «documento justificativo del crédito» en el sentido del artículo 1188.1 siempre que sea el único documento que justifique la existencia de la obligación. Puede ocurrir que si existe contrato previo a la emisión de la factura se trate de un acuerdo verbal o de un compromiso tácito.

Finalmente hay que recordar que el supuesto de hecho del artículo 1188 es el de entrega de documento privado. La hipótesis a que se hacía referencia en Las Partidas (P. 5, 14, 9) como modalidad de condonación era exclusivamente la de entrega del documento privado («la carta del debdo») ³⁹⁸. El legislador español, continuando la tradición histórica, no se hizo eco de la presunción «iuris tantum» de liberación por entrega de tal documento recogida en el artículo 1283 CC francés (incorporada también al CC italiano de 1942 aunque no al de 1865) que tampoco fue incluida en el Proyecto de 1851. Se pensó probablemente que la virtualidad de la entrega de la copia del documento público para inferir de ella la extinción de la obligación es escasa dado que el Notario conserva el original en su poder. No cabe por tanto aplicar el artículo 1188 al supuesto de entrega de copia de documento público³⁹⁹. Teniendo las reglas de forma de la donación el carácter de requisito constitutivo del negocio, menos aun cabe considerar dicha conducta como un supuesto de condonación tácita⁴⁰⁰.

b) *Entrega voluntaria*

La entrega del título por el acreedor ha de ser voluntaria. Como es lógico, el documento ha de haber estado previamente en poder del acreedor. Así lo especifican las Sentencias de 13 de octubre de 1896 y 30 de abril de 1904. La voluntariedad de la entrega se presume ex artículo 1189 por el hecho de encontrarse el deudor en posesión del título.

La idea de que la posesión del documento por el deudor debía hacer presumir la entrega voluntaria fue mantenida por Pothier basándose en

³⁹⁶ CLOQUET, *La facture*, Bruxelles, 1959, p. 46.

³⁹⁷ URÍA, «Contribución al estudio de la factura de compraventa mercantil», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a A. Polo*, Madrid, 1981, p. 1171

³⁹⁸ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 218, señalan que lo dispuesto en Las Partidas «no parece aplicable a los documentos públicos; es decir, que la entrega de la copia de la escritura pública hecha al deudor, no deberá considerarse como remisión de la deuda».

³⁹⁹ En este sentido, SCAEVOLA, ob. cit., p. 1059; MANRESA, ob. cit., p. 785.

⁴⁰⁰ BLASCO GASCÓ, «Las presunciones de condonación», cit., p. 1270, apunta esta posibilidad. En contra se manifiesta MANRESA, ob. cit., p. 785. De esta última opinión parece ser también Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 564, quien indica que, como en materia de documentos públicos es siempre posible la obtención de nuevas copias, el acreedor que entrega un documento público no manifiesta ninguna voluntad.

que es ésta la «vía natural» por la cual puede pasar la posesión del acreedor al deudor. Aunque el Código civil francés no sancionó legalmente la opinión de Pothier la doctrina francesa considera existente tal presunción como «presunción de hecho»⁴⁰¹ correspondiendo al acreedor la prueba de la no voluntariedad de la restitución⁴⁰². Lo mismo sucedía en el Derecho italiano posterior al Código de 1865⁴⁰³ que tampoco incorporó esta regla como presunción legal⁴⁰⁴.

En el Derecho español se consideró más conveniente zanjar las posibles discusiones en torno a esta cuestión estableciendo una presunción legal. Así se desprende de los comentarios de García Goyena al artículo 1142 del Proyecto de 1851 en el que aparece por primera vez tal presunción. Señala dicho jurista que era necesario dar una regla general acerca de si la posesión del título hacía presumir la voluntariedad de la entrega ya que «algunos autores lo han tratado y resuelto en pro y en contra, según la diversidad de casos»⁴⁰⁵.

Entre las circunstancias que puede alegar (y debe probar) el acreedor para demostrar que la entrega no fue voluntaria enumera la doctrina francesa e italiana (posterior al CC 1865) la pérdida, hurto, violencia, error, dolo y el abuso de confianza de parte de un tercero⁴⁰⁶.

Pothier consideraba que la calidad de la persona del deudor y sus relaciones de confianza con el acreedor podían impedir que entrara en juego la indicada presunción pues en ciertos casos (por ej. si el deudor era factor, empleado doméstico o vecino del acreedor) la posesión del título no era suficiente para presumir la entrega voluntaria. La doctrina posterior no parece estimar que tales circunstancias priven en principio de fuerza a la presunción, puesto que incluye el abuso de confianza entre los hechos que debe probar el acreedor para desvirtuarla. Esta parece que era también la opinión de García Goyena quien indicaba que «las consideraciones sobre la calidad de la persona del deudor» debían ser alegadas por el acreedor de modo que el juez pudiera apreciarlas en la prueba⁴⁰⁷. Ahora bien, aunque las relaciones de confianza o proximidad de acreedor y deudor no determinen «a priori» la inoperancia de la presunción del artículo 1189, no puede negarse que la situación en que se encuentra el

⁴⁰¹ Al ser la voluntariedad de la entrega un mero hecho son admisibles todos los medios de prueba.

⁴⁰² BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1781; p. 108; DEMOLOMBE, núms. 421, 422, pp. 299-301; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., pp. 639, 640; MAZEAUD, ob. cit., p. 1189; WEILL y TERRÉ, ob. cit., p. 1120.

⁴⁰³ LOMONACO, ob. cit., p. 292; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., pp. 571, 592; GIORGI, ob. cit., p. 381.

⁴⁰⁴ La doctrina italiana moderna parece inclinarse, sin embargo, por la opinión contraria. Se tiende a afirmar que la carga de la prueba de la voluntariedad de la entrega corresponde al deudor conforme a los principios generales en esta materia. DI PRISCO, ob. cit., p. 308; PERLINGIERI, ob. cit., p. 243.

⁴⁰⁵ GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 609.

⁴⁰⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1781, p. 108; DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 422, pp. 301, 302; LOMONACO, ob. cit., p. 292; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 572.

⁴⁰⁷ GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 609.

deudor genera, como observa Manresa, una presunción «ab homine» en favor del acreedor, de que el deudor pudo apoderarse del título valiéndose de dicha situación ⁴⁰⁸.

Al inicio de este apartado indicamos que la doctrina española estima unánimemente que, aun dándose todos los elementos del supuesto de hecho del artículo 1188, el acreedor puede destruir la presunción de condonación –como se ha dicho, no se distingue entre sus dos párrafos– probando que no tuvo voluntad de remitir la obligación. Así lo afirman también los que sostienen el carácter «iuris et de iure» de tal presunción entendiéndolo que con tal prueba se desvirtúa la presunción de entrega voluntaria del artículo 1190, de manera que la entrega, además de ser voluntaria, ha de ser hecha con intención de condonar la deuda.

Nosotros opinamos que el artículo 1188.1 contiene una regla de valoración legal del comportamiento (una presunción «iuris et de iure» según la calificación empleada en el Derecho francés e italiano). Si ello es así no parece que sea posible para el acreedor demostrar, una vez que se dan los presupuestos de la norma, que con la entrega del documento al deudor *no tuvo voluntad de liberar al deudor*. Así lo pone de manifiesto Pacifici-Mazzoni ⁴⁰⁹. Sin embargo y pese a ello, la doctrina francesa y la italiana, anterior y posterior al CC de 1942, viene manteniendo que el acreedor puede probar que entregó el documento al deudor en depósito o por virtud de un mandato ⁴¹⁰. Dado que en estos casos el acreedor realiza la entrega voluntariamente, aunque, como es obvio, sin ánimo de liberar al deudor, cabría deducir que la voluntariedad de la entrega ha de interpretarse en el sentido de entrega *no justificada por una causa relevante jurídicamente*. Cuando la entrega del documento al deudor se realiza con una finalidad concreta y específica para cuya consecución es necesaria dicha entrega no estamos ante una entrega «voluntaria» en el sentido del artículo 1188.1. Hay que concluir por tanto que si bien el acreedor no puede impedir el juego del artículo 1188.1 alegando simplemente que no tuvo voluntad de liberar al deudor, puede demostrar que la entrega del documento obedecía a una causa justificada.

Una última cuestión a analizar es si cabe extender la aplicación de la regla primera del artículo 1188 al supuesto en que el acreedor rompe el título. En sentido afirmativo se pronuncian Blasco Gascó y Díez-Picazo ⁴¹¹.

⁴⁰⁸ MANRESA, ob. cit., p. 786. En similar sentido GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit. p. 359.

⁴⁰⁹ PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 572.

⁴¹⁰ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 425, pp. 303, 304; LAURENT, ob. cit., núm. 360, p. 389; AUBRY y RAU, ob. cit., núm. 323, p. 209; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 572; GIORGI, ob. cit., p. 381; PERLINGIERI, ob. cit., p. 244.

Debe tenerse en cuenta que la prueba de tales circunstancias está sujeta a las limitaciones generales al implicar la prueba de la existencia de un contrato.

⁴¹¹ BLASCO GASCÓ, ob. cit., p. 1272; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 565.

SCAEVOLA, ob. cit., p. 1061, considera que es éste uno de los medios de condonar tácitamente la deuda.

La doctrina francesa (así como la italiana anterior al Codice de 1942) niega que la cancelación o destrucción del título original del crédito sea asimilable al comportamiento valorado en la ley como presunción de liberación. Fundamentan esta postura indicando que sólo caben las presunciones de liberación establecidas expresamente en la ley no siendo éstas susceptibles de aplicación analógica a otros supuestos. Se observa, no obstante, que tal comportamiento puede generar una presunción *de hecho* de liberación, admisible cuando lo es la prueba de testigos⁴¹². Algo similar sucede en el Derecho suizo. El artículo 89 del Código de obligaciones sienta una presunción de extinción de la obligación derivada de la restitución del título al deudor. Se dice, no obstante, que cuando el acreedor intencionadamente destruye el documento o lo hace ilegible puede apreciarse la existencia de una «*praesumptio hominis*» de extinción, derivada de la experiencia⁴¹³.

En el Derecho histórico español rotura y entrega del título por el acreedor al deudor se consideraban equivalentes. La P. 5, 14, 9 que regulaba la remisión tácita incluía también este supuesto diciendo: «Diese al deudor la carta del deudo, o la rompiesse con intencion de quitarle el deudo». En consecuencia la doctrina enumeraba como ejemplos de condonación tácita la devolución por el acreedor del documento privado donde constara el crédito al deudor y su inutilización⁴¹⁴. El artículo 1141 del Proyecto de 1851, entre cuyos precedentes cita García Goyena el precepto de Las Partidas transcrito, omitió toda referencia a la rotura del título. De ello podría inferirse que fue voluntad de los redactores del Anteproyecto y, posteriormente del legislador, excluir tal conducta del supuesto de hecho de la norma.

A favor de la equiparación de una y otra conducta puede aducirse, sin embargo, que el fundamento de la regla que deduce de tal comportamiento la liberación del deudor reside en que el acreedor voluntariamente se desprende del medio de prueba de su derecho y esto sucede tanto en el supuesto de entrega como en el de rotura del título. La inclusión de la rotura del documento justificativo del crédito en el supuesto de hecho del artículo 1188 CC no nos parece un caso de aplicación analógica (argumento usado por los autores franceses para rechazar la operatividad del art. 1282 CC en relación a la destrucción del título) sino más bien de interpretación extensiva⁴¹⁵. Suele entenderse que el carácter excepcional de una norma, si bien impide su aplicación analógica, no impide su inter-

⁴¹² DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 450, pp. 320, 321; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1784, p. 114; LAURENT, ob. cit., núm. 349, p. 374; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 641; POISSON, ob. cit., p. 5. Entre los autores italianos, GIORGI, ob. cit., p. 385; RICCI, ob. cit., p. 388.

⁴¹³ ENGEL, ob. cit., p. 2; BUCHER, ob. cit., p. 316.

⁴¹⁴ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 218; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 422.

⁴¹⁵ Señala Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, 3.^a ed., Barcelona, 1993, p. 280, que se actúa por vía analógica cuando se traslada la norma de un marco institucional a otro. Se opera por vía de interpretación extensiva si se mantiene la norma

pretación extensiva⁴¹⁶, por lo que, desde este punto de vista, no habría ningún obstáculo para extender el tenor literal del precepto a la hipótesis que comentamos. Tampoco lo habría, en realidad, aunque se estimara que se trata efectivamente de aplicación analógica ya que se ha demostrado que el carácter excepcional de una norma no excluye necesariamente el uso del procedimiento analógico⁴¹⁷. Partiendo de estas premisas podría considerarse que la destrucción del documento privado justificativo del crédito por parte del acreedor (dándose todos los presupuestos requeridos en el art. 1188.1) ocasiona el mismo resultado que su devolución.

Debe tenerse en cuenta sin embargo que, a no ser que el acreedor, tras rayar o inutilizar el documento, lo haya entregado al deudor (en cuyo caso nos encontramos en el supuesto de hecho previsto en el art. 1188), difícilmente podrá éste aducir tal conducta en su defensa con objeto de paralizar la pretensión de pago del acreedor. No sólo porque puede desconocer que el evento en cuestión ha tenido lugar (no será así obviamente si el acreedor rompe el documento en presencia del deudor) sino porque a él corresponderá la prueba de la destrucción del título y el que el acreedor no presente o no pueda presentar el documento no parece un hecho lo suficientemente concluyente como para demostrar que lo destruyó.

c) *Entrega hecha por el acreedor o persona autorizada por él en su nombre, al deudor o persona autorizada por éste para recibirlo*

Esta es una regla tradicional. En general se entiende que si la entrega es realizada por un tercero, que no sea mandatario ni representante, o a un sujeto distinto del deudor, que no lo represente ni tenga la obligación de entregarle el documento, no hay lugar a aplicar ninguna presunción de liberación⁴¹⁸.

Cuando hablamos de los requisitos subjetivos de la remisión indicamos que el sujeto legitimado para condonar la deuda es el acreedor, por sí o por

dentro de su marco institucional pero se entienden incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos que aquellos que su literalidad encierra.

⁴¹⁶ DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 479; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, I, cit., p. 195; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, *Parte general del Derecho Civil*, vol. 1.º, ed. rev. y adicionada por DELGADO ECHEVERRÍA, Barcelona, 1988, p. 277; GULLÓN, «Comentario al artículo 4 CC», en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, p. 31.

Contra, ROCA TRÍAS, «Comentario al artículo 4 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. I, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1992.

⁴¹⁷ La aplicación analógica es posible si el principio en que se basa la norma en cuestión tiene la suficiente amplitud como para que concurra en un supuesto de hecho diverso al contemplado expresamente en la misma. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. por DE LOS MOZOS, Madrid, 1975, p. 161; CAIANI, voz «Analogía», en *Enciclopedia del Diritto*, t. II, pp. 367, 368; BOBBIO, voz «Analogía», en *Novissimo Digesto italiano*, t. XV, p. 606; ROTONDI, voz «Interpretazione della legge», en *Novissimo Digesto italiano*, t. VIII, p. 900.

⁴¹⁸ MANRESA, ob. cit., pp. 786, 787; BLASCO GASCÓ, «Las presunciones...», cit., p. 1275; AUBRY ET RAU, ob. cit., núm. 323, p. 206, nota 27. LAURENT, ob. cit., núms. 344, 345, pp. 369 ss.; POISSON, ob. cit., p. 4; GIORGI, ob. cit., p. 376.

medio de representante con poder especial. Cuando la condonación es expresa no resulta posible condonar la deuda mediante mandatario sin poder de representación. No puede condonarse el crédito ajeno actuando en nombre propio. Dado que la remisión está sujeta a las reglas de forma de la donación, al poder para condonar le es también aplicable dicha forma, al menos en tanto se entienda que es al otorgarlo cuando el «dominus» manifiesta la voluntad de efectuar la remisión y asumir sus efectos⁴¹⁹.

La situación no es la misma cuando la condonación se efectúa a través del comportamiento previsto en el artículo 1188. La entrega del documento justificativo del crédito puede ser realizada con motivo del pago o con otra finalidad justificada (en cuyo caso no habría lugar a la presunción de liberación si el acreedor logra demostrar esta circunstancia). Si el acreedor la realiza con el fin de condonar la deuda y pretende ejecutar esta conducta a través de un tercero no parece que sea necesario que otorgue a éste por escrito un poder para que actúe en su nombre. Basta que entregue a dicho sujeto el documento en cuestión con el encargo de restituirlo al deudor.

Por lo que respecta al sujeto que recibe el documento en lugar del deudor, es suficiente, igualmente, que esté autorizado para ello por el deudor con independencia de la forma en que se exprese tal autorización⁴²⁰.

Algunos autores franceses (y algunos italianos anteriores al CC 1942) estiman que la entrega del documento privado al fiador libera también al deudor principal⁴²¹. La afirmación de estos autores tiene sentido en sus respectivos sistemas ya que, debiendo probarse documentalmente la existencia de las obligaciones en los casos requeridos en la ley, el acreedor se ve imposibilitado de reclamar judicialmente el pago de la deuda tanto si entrega el documento demostrativo de su derecho de crédito al deudor principal como si lo entrega al fiador. Por la misma razón se afirma que cuando se entrega el título a uno de los deudores mancomunados la deuda se extingue frente a todos ellos⁴²², opinión ésta que en nuestro Derecho se considera contraria a los principios que rigen la mancomunidad⁴²³. En el Derecho español el documento en que se constate el crédito no tiene la misma importancia a efectos de prueba que en estos sistemas y por tanto no puede mantenerse igual solución. En nuestra opinión si el documento justificativo del crédito se entrega al fiador no procede considerar liberado ni al deudor principal ni al fiador. Para entender extinguida la obligación accesoria de

⁴¹⁹ Vid. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos*, cit., pp. 209, 210.

⁴²⁰ Indica BLASCO GASCÓ, «Las presunciones...», cit., p. 1275, que «incluso cabría que el documento privado lo recibiera un tercero en nombre del deudor sin estar autorizado por éste, mediante una gestión de negocios ajenos».

⁴²¹ LAURENT, ob. cit., núm. 377, pp. 402, 403; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 643; GIORGI, ob. cit., p. 377; LOMONACO, ob. cit., pp. 293, 294.

⁴²² LAURENT, ob. cit., núm. 376, p. 402; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 643; WEILL y TERRÉ, ob. cit., p. 1121. En el Derecho italiano posterior al CC 1865, GIORGI, ob. cit., p. 393; LOMONACO, ob. cit., pp. 293, 294.

⁴²³ BLASCO GASCÓ, «Las presunciones...», cit., p. 1276; GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., p. 351; MANRESA, ob. cit., p. 790.

fianza ex artículo 1188.1 sería necesario que el acreedor entregara al fiador el documento que pudiera considerarse como «justificativo» no del crédito principal, sino *de la obligación accesoria de fianza*, al menos cuando el contrato de fianza conste documentalmente. Podría, no obstante, considerarse extinguida la garantía mediante la entrega del documento justificativo del crédito principal al fiador si el contrato de fianza se hubiese plasmado en el mismo documento que el crédito principal o, habiéndose concluido verbalmente, del documento en que conste la obligación principal resulte su existencia de algún modo. Siempre y cuando, claro está, el acreedor carezca de otra prueba documental del contrato de fianza.

d) *Posesión del documento por parte del deudor*

Se afirma por la doctrina que la posesión del documento por el deudor no tiene que ser necesariamente actual ya que lo decisivo es que el acreedor haya entregado el documento al deudor, no que éste lo tenga en su poder. Lo que ocurre es que el deudor deberá demostrar que llegó a poseer el documento por haberle sido entregado por el acreedor⁴²⁴.

Aunque no consideramos incorrecta tal afirmación, la prueba de la concurrencia de los presupuestos del artículo 1188.1 nos parece en este caso harto difícil. Cuando el deudor está en posesión del título la voluntariedad de la entrega se presume ex artículo 1189 CC. Si no lo tiene, no le basta con probar que en algún momento se le entregó, también tiene que probar que la entrega fue voluntaria.

3. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1188

Dándose el supuesto de hecho previsto en el párrafo primero del artículo 1188 CC el deudor se encuentra liberado de su obligación. La regla establecida en dicho precepto permite al deudor defenderse frente al acreedor toda vez que éste le reclame el cumplimiento de la obligación, paralizando su pretensión. Al deudor en principio le resulta indiferente que se presuma el pago o la condonación puesto que en cualquier caso se ha extinguido su obligación. El párrafo segundo del artículo 1188 presume, sin embargo, que la liberación del deudor obedece a la condonación. Esta presunción favorece a los herederos forzosos que impugnan la extinción de la obligación basándose en que la misma es debida a una condonación que resulta inoficiosa. Los legitimarios no tienen que probar la remisión ya que es el deudor quien debe probar el pago. La doctrina española no limita el ámbito de la presunción a este único supuesto⁴²⁵. Pensa-

⁴²⁴ MANRESA, ob. cit., p. 386; BLASCO GASCÓ, «Las presunciones...», cit., p. 1273.

⁴²⁵ En general, o los autores no se plantean qué ámbito subjetivo tiene la presunción de condonación del artículo 1188.2 o, si se hace alusión a los sujetos favorecidos por la misma, se indica que el deudor también tiene que probar el pago cuando los acreedores del titular del crédito extinguido pretenden revocar la condonación por fraudulenta. Así, expresamente, LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 319, y GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit.,

mos, por el contrario, que esta presunción se establece únicamente en beneficio de los legitimarios del acreedor, siendo dudoso que pueda favorecer a otros sujetos distintos de los previstos en la norma⁴²⁶.

Como ya se apuntó, tanto en el Derecho francés como en el Derecho italiano posterior al CC de 1865 se discutía si una vez que entraba en juego la presunción de liberación derivada de la entrega del título privado por el acreedor al deudor debía presumirse la condonación o el pago. Ejemplo de las diferentes posturas son las siguientes opiniones:

Para Marcadé debía presumirse el pago y no la remisión por ser aquél el modo natural y ordinario de extinguir las obligaciones y porque las liberalidades no se presumen. Ello era así, no obstante, en tanto el deudor no pretendiera haberse liberado por condonación. En cualquier caso, de entenderse que hubo pago era posible siempre al acreedor probar que existió condonación⁴²⁷.

Aubry y Rau afirmaban que el deudor podía invocar uno u otro modo de liberación. No obstante, si invocaba el pago, tanto el acreedor como los terceros (legitimarios, acreedores) podían probar que se trataba en realidad de condonación aunque no en todo caso, sólo cuando mediante el pago se pretendía cubrir un fraude de ley. Si el deudor aducía el pago para ejercer una acción de regreso frente a sus codeudores solidarios tenía que probarlo.

Según Demolombe era necesario distinguir las relaciones entre acreedor y deudor y entre el deudor y los terceros. Entre acreedor y deudor éste podía invocar a su voluntad el pago o la remisión. En caso de no hacer ninguna declaración debía presumirse el pago por ser el modo ordinario de extinción de las obligaciones y por resultar más beneficioso al deudor. Contra la presunción de pago el acreedor o sus herederos podían argüir y probar la remisión (haciendo uso de todos los medios de prueba), pero sólo en caso de fraude⁴²⁸. Entre el deudor y los terceros opinaba Demolombe que la presunción de liberación debía entenderse referida a la condonación y no al pago. Los terceros a los que se refería este autor eran aquellos contra los que el deudor ejercitara alguna pretensión fundada en el hecho del pago (con toda probabilidad, los codeudores del deudor solidario) en cuyo caso el deudor debía probar el pago y si no lo hacía

pp. 350, 351. Este autor opina, no obstante, que frente al acreedor y los codeudores solidarios se presume el pago y también la remisión.

BLASCO GASCÓ, «Las presunciones...», cit., pp. 1280 y 1281, afirma con carácter general que «el deudor es siempre beneficiado (sic.) por la presunción de condonación» y que la condonación «no ha de ser probada ni por el deudor ni por el acreedor o sus causahabientes».

⁴²⁶ En este sentido, CAFFARENA, voz «condonación», cit., p. 1388.

MANRESA, ob. cit., p. 789, aunque no lo dice explícitamente, parece que limita la operatividad de la presunción a la hipótesis en que los herederos forzosos actúan en defensa de su legítima.

⁴²⁷ MARCADÉ, ob. cit., núm. 795, pp. 687 y 688.

⁴²⁸ La limitación de la prueba en contrario al supuesto de fraude se justificaba indicando que la presunción de liberación del artículo 1282 era incontestable y que, de no establecerse tal limitación, la prueba de la liberación que dicho artículo aseguraba al deudor no le protegería eficazmente.

se entendía que hubo remisión. Observa Demolombe que en realidad no existe en este caso una presunción de remisión sino que así resulta de la aplicación del derecho común que exige que el demandante pruebe el fundamento de su acción ⁴²⁹.

Finalmente Laurent criticaba todas estas opiniones y afirmaba que lo más correcto era aplicar las reglas generales de la prueba conforme a las cuales debía probar el pago o la condonación aquel que lo alegara ⁴³⁰. Como sabemos, esta es la postura que mantiene la doctrina actual.

Entre los autores italianos Ricci se adhería a la opinión de Laurent ⁴³¹. Giorgi, sin embargo, consideraba necesario distinguir, como hacía Demolombe, las relaciones entre acreedor y deudor y entre el deudor y los terceros. Su postura es casi igual a la de el autor francés salvo que no limita la posibilidad del acreedor de probar la condonación cuando el deudor aduce el pago al supuesto en que exista fraude ⁴³².

Es importante hacer notar que pese a su aparente diversidad todas estas posiciones doctrinales coinciden en una serie de puntos fundamentales que nos permiten extraer las siguientes conclusiones:

1.º Si el acreedor o los terceros (legitimarios o acreedores) ejercitan una pretensión (revocación de la liberalidad, acción de reducción por inoficiosidad, acción pauliana) contra el deudor basándose en la existencia de remisión deben siempre probarla. El acreedor o los terceros no se ven nunca favorecidos con una presunción de remisión.

2.º Salvo que el deudor, que puede invocar a su favor tanto la remisión como el pago, pretenda haberse liberado por condonación –que será lo menos frecuente–, se presume el pago.

3.º Esta presunción de pago favorece al deudor en tanto le exime de demostrarlo cuando el acreedor, sus herederos o los terceros ejercitan contra él una acción de impugnación que tenga como base la condonación (son éstos quienes deben probarla). Sin embargo dicha presunción no opera cuando es el deudor el que sustenta en el hecho del pago una pretensión contra un tercero. En este caso el deudor tiene que probar el pago.

En realidad todos los autores acaban aplicando las reglas generales sobre la prueba. Si se permite al deudor invocar a su elección la remisión o el pago es porque en principio y frente al acreedor, toda vez que se encuentra liberado de su obligación, le será indiferente alegar uno u otro modo de liberación. Cuando el acreedor o los terceros ejercitan una pretensión fundada en la existencia de condonación, no es que se presuma el pago, es que aquéllos, como demandantes, tienen que probar los hechos constitutivos de la demanda. Lo mismo sucede al deudor cuando ejercita una pretensión, basada en el pago, contra sus codeudores solidarios. Tam-

⁴²⁹ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 439, pp. 313-315.

⁴³⁰ LAURENT, ob. cit., núms. 350 ss.; pp. 374 ss.

⁴³¹ RICCI, ob. cit., p. 389.

⁴³² GIORGI, ob. cit., p. 388.

bién él en este caso, como demandante, debe probar el fundamento de su acción.

En el Derecho francés e italiano, al tiempo de redacción del Código español, el acreedor o los terceros que sostenían que la extinción de la obligación derivada de la entrega del título del crédito se debía a la condonación de la obligación debían probar la inexistencia de pago. Lo establecido por el legislador español en el párrafo segundo del artículo 1188 CC supuso una clara innovación respecto de esta situación: dándose el supuesto de hecho del artículo 1188.1, si los herederos forzosos del acreedor ejercitan una acción de reducción por inoficiosidad se les exige de probar que la entrega del documento, comportamiento en que basan su pretensión⁴³³, se debió a la condonación (por tanto, que no tuvo como origen el pago de la obligación por parte del deudor). Es éste (o sus herederos) quien corre con la carga de probar el hecho positivo del pago.

No se eximió, sin embargo, de la prueba negativa del pago al acreedor condonante que instara la revocación de la liberalidad (suponiendo que el legislador considerara aplicables a la condonación las reglas de revocación de donaciones), ni a los acreedores de éste que ejercitaran la pauliana, que conforme a las reglas generales en materia de prueba y, según lo afirmado en el Derecho francés e italiano, corrían con la carga de demostrar la existencia de condonación. Creemos que la intención del legislador fue favorecer con la presunción de condonación exclusivamente a los herederos forzosos del acreedor que se desprendió del título.

En apoyo de la limitación de los sujetos favorecidos por la presunción de condonación a aquellos aludidos expresamente por la norma puede alegarse la regla «donatio non preasumitur» conforme a la cual quien alegue en el proceso la existencia de una liberalidad tiene que probar su existencia. Por ejemplo —señala Wacke— si el demandante exige la restitución de un préstamo y el demandado pretende haber recibido la suma en donación, el demandado debe probar la voluntad de donar de aquél⁴³⁴. La condonación es una liberalidad y las liberalidades no se presumen. El hecho de que el legislador haya modificado esta regla en beneficio de los herederos forzosos del acreedor, respecto de los cuales se presume la condonación, no autoriza a extenderla a otros casos. Una presunción en favor de la existencia de una liberalidad sólo puede aceptarse excepcionalmente⁴³⁵, y el trato de favor que dispensa a los legitimarios la excepción prevista en el artículo 1188.2, no parece estar justificado más que por una excesiva preocupación del legislador por proteger los intereses de los herederos forzosos del acreedor.

Por otra parte, aunque ciertamente es más fácil para el deudor probar el hecho positivo del pago que para la contraparte probar su inejecución,

⁴³³ Cuyo acaecimiento y circunstancias tendrán que probar.

⁴³⁴ WACKE, «Cinco refranes sobre la donación y su valor como argumento histórico-jurídico», en *Estudios de Derecho romano y moderno*, en prensa, pp. 485 ss.

⁴³⁵ WACKE, ob. cit., p. 485.

no parece sensato que, pese a no disponerlo la ley, los deudores que han ejecutado la obligación y a quienes el acreedor entrega el documento justificativo del crédito deban asegurarse una prueba adicional del pago en previsión de que, si su acreedor deviene insolvente, pueda argüirse por los acreedores de éste, en virtud del artículo 1188.2, que la obligación fue condonada y tal negocio está sujeto a rescisión. Piénsese en el deudor que paga puntualmente su deuda y como consecuencia de ello el acreedor, en lugar de darle un recibo, le entrega el documento justificativo del crédito. ¿Es razonable que quede expuesto a la acción de los acreedores de su acreedor porque poniendo en relación el artículo 1188.2 con los artículos 1297 y 643 CC se presume la existencia de fraude?

VII. LA ENTREGA DEL DOCUMENTO JUSTIFICATIVO DEL CRÉDITO COMO CONDONACIÓN TÁCITA: RECAPITULACIÓN

Como conclusión de todo lo que hasta ahora hemos expuesto en torno al problema de la forma de la condonación y de la relación entre la condonación tácita y la conducta a que se hace referencia en el artículo 1188 CC, conviene reiterar lo siguiente:

1.º El único supuesto de condonación tácita admisible en nuestro Derecho es el que se lleva a cabo mediante el comportamiento previsto en el artículo 1188 CC.

2.º La entrega del documento justificativo del crédito por parte del acreedor al deudor, concurriendo todas las circunstancias requeridas en el artículo 1188.1, determina la liberación del deudor. Al deudor que pretende defenderse de la reclamación de pago del acreedor le basta con oponer que se encuentra en posesión del citado documento⁴³⁶, con independencia de la causa a que se deba la liberación.

3.º Si el deudor se defiende frente a su acreedor alegando que la deuda le ha sido condonada tácitamente puede basar la existencia de la condonación en el hecho de la entrega del documento justificativo del crédito. El deudor sólo tiene que probar que posee el documento puesto que la existencia de entrega voluntaria se presume. Si el acreedor no demuestra la no concurrencia de alguno de los elementos que, conforme al artículo 1188.1, son necesarios para que la obligación se considere extinguida, deberá entenderse que el acreedor condonó tácitamente la obligación. No como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1188 sino porque no tiene sentido que, extinguida la obligación ex artículo 1188.1, alegue el deudor la condonación si en realidad ha pagado la deuda.

⁴³⁶ Si no lo posee tendría que probar que le fue entregado voluntariamente por el acreedor.

4.º Si el deudor se defiende frente a la reclamación de los herederos de su acreedor que pretendan cobrar el crédito del causante, oponiéndoles que tiene en su poder el documento justificativo del crédito y, por tanto, la obligación se ha extinguido, los herederos forzosos del acreedor, de no existir bienes suficientes para el cobro de su legítima, pueden ejercitar una acción de reducción por inoficiosidad invocando en su favor el artículo 1188.2 en base al cual frente a ellos la posesión del documento por el deudor equivale a la remisión de la deuda. El deudor o sus herederos, para defenderse, deberán demostrar el pago.

5.º Si los acreedores del acreedor sostienen que éste condonó sus deudas en perjuicio de sus derechos deben demostrar la existencia de la condonación. El hecho de que el deudor de su deudor esté en posesión del documento justificativo del crédito no demuestra, frente a ellos, otra cosa que la extinción de la obligación (art. 1188.1). No se aplica en este caso el artículo 1188.2 de manera que los acreedores que pretendan rescindir la supuesta condonación deberán probar que la deuda no fue pagada.

La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución

JAVIER FAJARDO FERNÁNDEZ

1. Probablemente, la jurisprudencia más comentada en el Derecho de obligaciones francés durante los últimos veinticinco años sea la referida a la determinación del precio en la compraventa y su extensión a los contratos de colaboración¹. A los ya numerosos cambios de estos años, el Tribunal de Casación² viene ahora a sumar el que tal vez sea último y definitivo, llevado a cabo por dos sentencias de la Sala civil de 29-11-94³

¹ Pueden dar una muestra las más de 120 sentencias del alto tribunal que ha provocado, muchas de ellas casando otras inferiores y modificando sus propios criterios anteriores, o el elevado número de artículos, comentarios, tesis doctorales y monografías escritas al respecto. El importante tratado de GHESTIN le dedica 100 páginas (*Traité de Droit Civil. La formation du Contrat*, LGDJ, Paris, 3.ª ed., 1993, en adelante *Traité*, pp. 665-761), y el breve prefacio a la última edición del curso de MALAURIE y AYNES se dedica, fundamentalmente, a mencionar la modificación que supone para el Derecho de contratos la nueva jurisprudencia sobre el artículo 1129 *C.civ.* (*Cours de Droit Civil. Les contrats spéciaux*, Cujas, Paris, 9.ª ed., 1995, en lo sucesivo *Cours*, p. 11).

² A lo largo del trabajo me referiré a la *Cour de cassation* como la *Cour* o bien, en castellano, el Tribunal de Casación (abreviado, TC). Igualmente, los tribunales de instancia (*Cour d'Appel*) serán llamados Tribunales de Apelación (TA). Todas las sentencias, salvo que se indique otra cosa, son de la Sala mercantil (*Chambre Commercial*) del TC. En el cuerpo del texto se citan por su fecha en cifra para agilizar la lectura, pero al pie se incluyen las referencias tal como es habitual encontrarlas en los textos franceses. Al final del trabajo se recoge toda la bibliografía francesa citada. Además, emplearé las siguientes abreviaturas: *Bull. civ.* = Bulletin Civil; CCC = Contrats-Concurrence-Consommation; Cc = Código civil español; *C.civ.* = Código civil francés; *C. con.* = Código del consumo francés; *D.* = Recueil Dalloz-Sirey; *DPCI* = Droit et pratique du commerce international; *EBLR* = European Business Law Review; *JCP* = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale; *RAE* = Revue des Affaires Européennes; *RIDC* = Revue Internationale de Droit Comparé; *RTD civ.* = Revue Trimestrielle de Droit Civil; *RTD com.* = Revue Trimestrielle de Droit Commercial.

³ *Civ. 1re*, 29 nov. 1994, *Bull. civ. I*, núm 348. Entre los comentarios aparecidos, los de GHESTIN, en *JCP* 1995. II. 22371, pp. 35-39; AYNES, en *D.* 1995, pp. 122-24; BARRET, «Vente», *Recueil Dalloz*, §§ 484-491 (févr. 1995); MESTRE, en *RTD civ.*, avr.-juin 1995-2, pp. 358-60; BOULOC, en *RTD com.* 48, avr.-juin 1995-2, pp. 464-65; GASTINEL, en *EBLR*, october 1995, pp. 239-40; MALAURIE/AYNES, *Droit Civil. Les contrats spéciaux*, Cujas, Paris, 9.ª ed., 1995, núm. 208, nota 21. Con posterioridad a la redacción de este trabajo han seguido apareciendo estudios sobre ellas; así, en el número prácticamente monográfico de la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, 1997-1, pp. 1-84, en el que se estudian sus consecuencias desde los puntos

y cuatro del Pleno de 1-12-95⁴. En este trabajo se pretende dar noticia al lector español de la jurisprudencia hoy superada (I) y de las seis sentencias que han provocado la nueva (II), todo ello acompañado de algunas reflexiones (III) y una breve comparación con el Derecho español (IV).

Se podría pensar que un importante cambio en la jurisprudencia requiere tan sólo analizar el impacto de la nueva doctrina y olvidar rápidamente la antigua, más aún si su explicación es compleja. Sin embargo, he optado por comenzar con una exposición más o menos extensa de la línea ahora superada. Lo hago por su importancia para valorar adecuadamente los interrogantes que vienen a despejar las nuevas sentencias, pero también porque es una ocasión única, tal vez la última, para presentar en nuestro idioma un interesante conflicto que ha provocado una importante reflexión doctrinal en Francia y no ha encontrado apenas reflejo en la bibliografía española⁵. Por otra parte, a la vista de las múltiples «decisiones definitivas» que se han ido sucediendo a lo largo de los años, conviene recordar que ningún cambio lo es totalmente, y en el movedido terreno de la determinación del precio «nada podrá ser realmente una sorpresa...»⁶.

Se advierte ya que, de acuerdo con la finalidad reconocida de introducir en la polémica francesa, se ha adoptado un enfoque deliberadamente expositivo y cronológico que subraye los meandros de la sinuosa línea jurisprudencial y sitúe cada aportación doctrinal en su contexto, en lugar de recurrir a las sistematizaciones que se han intentado, todas ellas tributarias del momento en que se realizaron. Las citas pretenden proporcionar el acceso a las fuentes más interesantes, pero no aspiran a agotar la bibliografía, fácilmente ampliable a partir de los trabajos citados.

de vista jurídico (JEOL), económico (BOURSEON), de los contratos marco (JAMIN), de las relaciones de dependencia (REVET), del Derecho de obligaciones (FERRIER) y comparado con el Derecho alemán (PEDAMON), además de un trabajo de síntesis (SIMLER).

⁴ Ass. Plén. 1er déc. 1995, *Bull. civ.* AP, núms. 7, 8, 9. Comentarios de AYNES, en *D.* 1996, pp. 13-21; GHESTIN, en *JCP*, 1996. II. 22565, pp. 21-34; BOULOC, en *RTD com.* 1996-2, p. 316; GASTINEL, en *EBLR*, august-september 1996, pp. 193-94.

⁵ No conozco ningún trabajo específico publicado en español. En cuanto a artículos españoles sobre Derecho francés, vid. LETE ACHIRICA, «La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho francés: la ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos», en *La Ley*, núm. 3974, 14-2-96, pp. 1-8, al que se hará referencia posteriormente.

⁶ «*On n'en sera pas réellement surpris...*» Son las palabras con las que MESTRE cierra su comentario a las SS. de 29-11-94 en *RTD civ.*, 1995-2, p. 358. HEMARD ya se preguntaba si «*la question est-elle définitivement tranchée*» respecto a una sentencia de 29-1-68, es decir, justo antes de que empezara realmente el conflicto. También la S. 22-1-91 fue saludada por Jeol como «un nuevo Yalta» («Les contrats de distribution commerciale et la détermination du prix: un nouveau Yalta», *D.* 1991, p. 175), para ser devuelta a su lugar pocos meses después por otras sentencias que la redujeron a «quedarse en Canosa» (a juicio de FERRIER, «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif», *D.* 1991, *Chron.*, p. 237).

I. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR SOBRE DETERMINACIÓN DEL PRECIO EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

2. Los Derechos anglosajones permiten que el precio de los contratos quede inicialmente indeterminado y sea fijado con posterioridad por una de las partes o de alguna otra forma no necesariamente prevista⁷. Tradicionalmente se ha considerado que en este punto los Derechos civiles continentales son absolutamente distintos y exigen la fijación inicial del precio o modo de hallarlo para entender que ha nacido cualquier contrato, especialmente si se trata de una compraventa. Esto es cierto en su raíz histórica, pero buena parte de los países continentales han ido flexibilizando dicha exigencia a lo largo del tiempo. El proceso de codificación muestra una progresiva complejidad y flexibilidad de las normas relativas a la determinación del precio de la compraventa, desde la sencilla del *Code* Napoleón hasta la del nuevo Código de obligaciones holandés, muy cercana a los textos anglosajones⁸. De forma paralela a la misma evolución normativa, y con frecuencia provocándola, en este proceso ha sido fundamental la aplicación jurisprudencial de la norma que exigía determinación del precio. En cierto sentido, y más que en otros campos del Derecho, la exigencia de determinación viene dada no tanto por el tenor literal de la norma como por el modo en que la aplican los tribunales.

3. La tensión entre determinación y flexibilidad, que en otros lugares se ha ido decantando sin brusquedades hacia esta última, en Francia ha sido más traumática y compleja. Sin embargo, esta peculiaridad no se desencadenó hasta principios de los años 70, y permaneció circunscrita al ámbito de los contratos de distribución. Hasta entonces y para el resto de los contratos, el Derecho francés se muestra homologable al de otros países.

⁷ La *Sales of Goods Act* británica de 1979 dice en su artículo (*section*) 7 que «(1) El precio en un contrato de venta puede estar fijado en el contrato, o dejarse para ser fijado del modo acordado en el contrato, o determinarse en el transcurso de la negociación de las partes. (2) Cuando el precio no se determina de la forma mencionada en el subapartado (*subsection*) (1), el comprador debe pagar un precio razonable. (3) Qué sea un precio razonable es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso particular». Los demás países anglosajones han promulgado leyes sobre la venta que tienen disposiciones similares. La norma equivalente en Estados Unidos es el *Uniform Commercial Code*, artículo 2-305, que también entiende aplicable el precio razonable en el momento de la entrega cuando se concluye el contrato sin determinar el precio (1) y permite la fijación de buena fe por una de las partes (2). Si la fijación no llega a hacerse por falta imputable a una de las partes, atribuye a la otra la facultad de resolver o de fijarlo ella misma, también de buena fe (3), a menos que la fijación del precio se hubiera entendido como un requisito para que el contrato fuera vinculante, en cuyo caso, si el precio no se llega a fijar, el contrato es inexistente (4).

⁸ Vid., como etapas de esta evolución, los Códigos portugués de 1867, artículo 1547; argentino, artículo 1388; español, artículos 1447-49; alemán, §§ 315 y 316; italiano de 1942, artículo 1474; portugués de 1967, artículo 883; suizo, artículo 184; nuevo holandés (NBW), en vigor desde 1992, artículo 7.1.1.2. Naturalmente, los términos en que cada uno lleva a cabo dicha flexibilización son muy distintos, pero no es éste el momento de comentarlos.

4. La doctrina anterior a la codificación tenía una visión flexible de la exigibilidad del precio en la compraventa⁹ que no quedó recogida en el texto legal. El *Code* incluye varios artículos que guardan relación con la materia:

1129. II. La cantidad de la cosa puede ser incierta¹⁰, siempre que pueda determinarse.

1174. Toda obligación es nula en la medida en que esté sometida a una condición potestativa de la parte obligada.

1591. El precio de la venta debe ser determinado y designado por las partes.

1592. Sin embargo, puede ser dejado a arbitraje¹¹ de un tercero; si el tercero no quiere o no puede hacer la estimación, no hay venta.

Estos artículos proporcionan algunos ejemplos de admisibilidad del precio indeterminado y determinable, pero el contexto jurídico francés, contrario a ver en el contrato más de lo que expresamente dice, no los ve con buenos ojos¹², y exige, en ocasiones con formulaciones un tanto maximalistas, que el precio sea independiente de la voluntad de uno u otro de los contratantes¹³. Tampoco el juez puede imponer un modo de determinación del precio diferente del previsto en el contrato (S. civil 25-4-72¹⁴) ni sustituir su fijación por las partes, pues «su misión no es hacer contratos»¹⁵. La venta nula por falta de precio no es susceptible de confirmación ni ratificación (S. civil 17-12-59¹⁶).

⁹ DOMAT es estricto al hablar del precio en el contrato de compraventa (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 2.ª ed., 1696, lib. I, tit. II, sec. V.4), pero amplio en su apreciación del contrato determinable por una de las partes conforme a la buena fe (*ibid.*, lib. I, tit. I, sec. III.11). Para POTHIER «no es necesario que [el precio] sea absolutamente determinado; basta que sea tal que pueda llegarlo a ser y que no sea fijado sólo por una de las partes» (*Tratado del contrato de venta*, Atalaya, Buenos Aires, 1948, I, p. 18).

¹⁰ Traduzco literalmente el «*peut être incertaine*», aunque entiendo que lo más correcto sería decir «puede estar indeterminada». Los lenguajes jurídicos francés y español siguen manteniendo, a mi juicio impropriamente, el término «cierto» con su antiguo sentido de «determinado», cuando el lenguaje común hace tiempo que lo abandonó, y por «cierto» entiende hoy únicamente «indudable» (*vid. Diccionario de la RAE*, 21.ª ed., 1992, que ni siquiera menciona el otro).

¹¹ Esa es la traducción literal y fiel al texto histórico del término *arbitrage*, pero hoy se diría «arbitración».

¹² PORTALIS: «El acuerdo que es necesario para realizar la venta no puede existir si no recae sobre la cosa y sobre el precio» (cit. por GHESTIN, *Traité*, p. 673, núm. 36); COLIN/CAPITANT: «Jamás dos personas sensatas celebrarán un contrato sin que el objeto sea determinado o determinable. Por esta razón no encontramos decisión alguna de jurisprudencia» (*Curso elemental de Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1943, III, p. 647).

¹³ P. ej., para la S. 22-11-73 es necesario «excluír toda influencia de la voluntad», cit. GHESTIN, *D.* 1973, p. 293. Vid. COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, Paris, 1991, núm. 146.

¹⁴ Civ. 1re. 25 avr. 1972, D. 1972. Somm. 196.

¹⁵ MAZEAUD/CHABAS/JUGLART, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, Paris, 1987, III-2, núm. 868.

¹⁶ Civ. 1re. 17 déc. 1959, D. 1960. 294.

5. Pero las decisiones judiciales no son tan rígidas como sus principios. Ya desde principios de siglo se entendía el artículo 1591 C.civ. de forma que «no es necesario que la cantidad sea fijada... de manera absoluta, basta para la formación de la venta que el precio pueda ser determinado, en virtud de cláusulas del contrato, por relación con elementos que no dependan de la voluntad de una ni otra de las partes» (S. 7-1-1925¹⁷). La necesidad de una declaración de voluntad posterior de una de las partes puede admitirse cuando «supone el cumplimiento de un hecho exterior» (S. 17-5-65¹⁸). También se ha dicho que la jurisprudencia acepta «a beneficio de inventario»¹⁹ las cláusulas de precio por referencia. Según la formulación de la S. civil de 5-7-1955, se puede admitir la compraventa con precio determinable siempre que la referencia sea seria (en el sentido de realista, no aleatoria), precisa (concreta, no vaga) y objetiva (que no quede a la voluntad de uno de los contratantes)²⁰. Valen si el contrato se enmarca en un mercado organizado que fija el precio objetiva e independiente de la voluntad de las partes (p. ej., la Bolsa) o, al menos, la competencia impide la arbitrariedad. Aunque no reúna esas características, que en ocasiones tampoco son fáciles de analizar por el tribunal, puede admitirse una referencia objetiva y real, aunque también sea artificial²¹. Los precios obtenidos a través de una referencia en la que una de las partes tenga cierta actuación no son por ello anulados (S. 5-5-59). En conjunto, y aparte de lo que más adelante se dirá, el panorama francés parece más sensibilizado que otros contra la actuación unilateral sobre el precio, sobre todo en el terreno de los principios. Pero admite muy rara vez la nulidad por indeterminación del precio, que es un fenómeno muy marginal, y en eso es comparable con el resto del Derecho comparado.

6. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido segregando de estas reglas generales del contrato, desarrolladas en el marco de la compraventa²², un sector de la contratación cada vez más importante: el de los contratos de distribución en sentido amplio²³ con cláusula de aprovisionamiento

¹⁷ Req. 7 janv. 1925, *D. H.* 1925. 57, dictada por la antigua Sala de admisiones (*Chambre des Requêtes*) del Tribunal de Casación. La expresión se sigue aplicando hoy como doctrina vigente.

¹⁸ Cit. por GHESTIN, «L'indétermination du prix», núm. 20.

¹⁹ COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats*, núm. 148.

²⁰ Civ. Ire. 5-7-1955. Un comentario de la fórmula en FERRIER, «La détermination du prix», núm. 10.

²¹ P. ej., com. 21 juin 1977, que admite la referencia a las «tarifas de tres sociedades entre las cuales no figuraba la vendedora», *Ibid.*, núm. 148.

²² En Francia, el estudio de la determinación del precio se ha venido realizando desde la civilística y en el marco de la compraventa, aunque las estudiadas formen parte de contratos complejos de distribución. Esto, que también ocurre en nuestro país, se explica fácilmente por la ubicación sistemática de los artículos del *Code* que regulan los requisitos del precio. MALAURIE y AYNES proponen el traslado de su estudio al de los contratos de distribución, y lo tratan en ambos lugares (*Cours*, núms. 210 y 836, respectivamente).

²³ Como se verá posteriormente, el ámbito abarcado por este concepto, ya de por sí extenso, va ampliándose aún más con el tiempo e incluyendo los contratos de concesión, suministro, aprovisionamiento, franquicia, distribución, *affiliation*... hasta afectar incluso a la cuenta corriente bancaria.

exclusivo, en los que un distribuidor o minorista se obliga a aprovisionarse únicamente con los productos que adquiera de un proveedor (p. ej., el titular de un surtidor de gasolinera, con los carburantes que le suministre una compañía petrolífera; un negocio de hostelería, con la cerveza de un determinado fabricante; el abonado, con la compañía de teléfonos o la de gas, etc.). En estos casos hay un contrato marco inicial de larga duración (*contrat c adtre*) y sus aplicaciones o concreciones sucesivas (encargos, suministros, liquidaciones...). Lo que se plantea es el grado de determinación del precio que se debe exigir al primero para que sea v alido, pues con frecuencia es difícil o comercialmente inconveniente fijarlo en el momento inicial. Los proveedores y cierta tendencia del mercado promovida por ellos pretenden remitir el precio al fijado *ad casum* por el mismo proveedor o, al menos, al fijado por éste para todos sus clientes a través de sus propias tarifas, generalmente en la fecha de entrega futura del producto²⁴. La admisibilidad o no de esas cláusulas y la sanción que ha de darse a los contratos que las incluyen o que no contienen ninguna en absoluto es el problema que intenta solucionar la jurisprudencia analizada en este trabajo.

7. La respuesta ha variado a lo largo del tiempo. A grandes rasgos, en un primer momento se aplicaron a estos contratos las mismas reglas de exigencia más o menos flexible que a las demás compraventas. En un segundo, precipitado en 1971 a raíz del asunto de las gasolineras vinculadas por cláusula de exclusividad (*pompistes de marque*), se entendió que la falta de determinación inicial del precio provocaba la nulidad del contrato, principio que se consideró de aplicación general a los contratos. Si se confirma el mantenimiento de la línea apuntada en las sentencias de 1994-95, podemos decir que inauguran una tercera etapa en la que se opta de nuevo por la flexibilidad, esta vez de forma mucho más precisa y eficaz.

Los problemas relativos a los contratos marco con indeterminación inicial del precio se abordaron en los años 30 en relación con los establecimientos expendedores de bebidas obligados por una cláusula de aprovisionamiento exclusivo a adquirir de un productor o cervecero (*brasseries*) determinado toda la cerveza que ofrecían a los clientes. La larga duración del contrato hacía que el precio variara mucho a lo largo del tiempo e impedía que se pudiera establecer de forma fija en el contrato marco, por lo que éste sol a remitirse al precio de mercado o al que aplicara el productor a toda su clientela en el momento de la entrega. Según entendian los tribunales, esto no iba contra el artículo 1591 C.civ. ni dejaba a una parte a merced de la otra, ya que la cifra final dependía del precio de mercado y no de la mera voluntad de una de las partes²⁵. La práctica y las decisiones judiciales mostraban que no hay una imposibilidad

²⁴ Como se puede observar, sólo plantea problemas el sometimiento a tarifa *de un día futuro*, cuya cantidad exacta es ignorada por ambos contratantes. Si el precio se refiere a la de un día pasado su admisibilidad no se cuestiona, aunque sea la tarifa del vendedor. MALAURIE/AYNES, *Cours*, núm. 208.

²⁵ Req. 5 f vr. 1934, *Gaz. Pal.* 1934. 2. 331, cit. por GHESTIN, *D.* 1972, pp. 355-57.

esencial en Derecho francés para admitir tales cláusulas; de hecho, el precio no fue una cuestión conflictiva para estos contratos, como sí lo fue, por ejemplo, la cláusula de larga duración y sus límites ²⁶.

Durante los años 50 y 60 siguieron aplicándose los mismos principios, y la indeterminación del precio no supuso una fuente especial de conflictos para los tribunales franceses, que eran comprensivos al exigirla ²⁷. El Tribunal de Casación admitía contratos marco en los que el precio no estaba fijado (S. 9-7-63), lo estaba por referencia al oficial (S. 23-4-51 ²⁸) o a la tarifa o precio habitual del vendedor (S. 4-11-52).

8. Sin embargo, a mediados de los años sesenta el generalizado conflicto entre las compañías petrolíferas (proveedores) y las gasolineras distribuidoras que les estaban vinculadas con cláusula de exclusividad (*pompistes de marque* ²⁹) provocó un importante cambio en la interpretación del artículo 1591. En estos contratos de distribución se incluían una serie de relaciones complejas como el alquiler de la instalación, créditos blandos y otras prestaciones a cargo del proveedor, mientras que el distribuidor se obligaba a comprar exclusivamente productos de la compañía petrolera durante períodos superiores a los diez años. En el momento en que se firmaron los contratos no se hacía ninguna referencia al precio que la gasolinera debería pagar al proveedor por el carburante ya que un Decreto de 28-10-52 fijaba los precios máximos en todos los tramos: de la refinería a la compañía petrolera proveedora, de ésta al distribuidor y de este al público. Estos máximos podían reducirse, siempre que se repercutieran totalmente en una reducción del precio al público.

9. El sistema funcionó mientras las petroleras cobraron el máximo legal a todos los distribuidores ³⁰. Pero llegó un momento en que, en la

²⁶ Los tribunales anulaban la cláusula de exclusividad que careciera de límite temporal, pero no entraban a valorar si éste era o no admisible, por lo que proliferaron las referencias indirectas que parecían excesivas a muchos de los distribuidores, que se encontraban «atados» «hasta que se terminaran de pagar los créditos», «por toda la duración de la explotación de fondos de comercio», etcétera. Después de muchas discusiones doctrinales, una ley de 14-10-1943 prohibió las cláusulas superiores a los diez años (*vid.* GHESTIN, en *D.* 1972, p. 357).

²⁷ GHESTIN, «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative» *D.* 1973, *Chro.*, pp. 293 y ss., núm. 11; FERRIER, «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif», *D.* 1991, *Chron.*, p. 237, nota 8.

²⁸ *Com.*, 23 avr. 1951, *Bull. civ.*, II, p. 109, núm. 146.

²⁹ Literalmente, surtidores «de marca», es decir, que se distinguen del resto por su aspecto exterior y su etiqueta original (GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, RDM, Madrid, 1963, III-1, p. 255). Prácticamente toda la bibliografía posterior a 1971 que se cita a lo largo de este trabajo menciona de forma más o menos amplia el asunto de los *pompistes*. También *vid.* el trabajo, que aún no he podido consultar, de uno de los abogados que primero llevaron este asunto ante los tribunales, Jean THREARD, *En toute franchise et sans concession*, Presses du management, Paris, 1989.

³⁰ Este párrafo sobre los hechos y el contexto económico de las sentencias debe mucho a la visión, necesariamente parcial, de Jean THREARD, el abogado que defendió a los gasolineros de marca cuando el asunto llegó por primera vez a los tribunales, en su libro *En toute franchise et sans concession*, Presses du management, Paris, 1989, pp. 32-33, libro, por otra parte, muy útil en cuanto a las implicaciones económicas y políticas de éste y otros conflictos en torno a los contratos de colaboración con grandes multinacionales. La S. TA Paris, 5.^a ch., 25-6-68, *RTD com*, 1968, p. 749 expuso la situación de forma similar.

región parisina, mantuvieron el precio máximo sólo a los distribuidores de marca obligados a comprarles a ellos, pero redujeron hasta en 5 céntimos/litro el precio que cobraban a las gasolineras independientes, que a su vez redujeron sus precios al público y se hicieron con gran parte del mercado. Los gasolineros de marca se encontraron incapaces de competir en esas condiciones y convocaron una gran huelga pidiendo que aumentara su margen de distribución legal, es decir, la reducción del precio que les cobraban los suministradores.

Sin embargo, el Decreto (*arrêté*) de 27-5-63 (en vigor desde el 1-10-63) no hizo eso, sino que, con la intención de mantener estable el precio al consumidor y permitir que productores y distribuidores renegociaran el reparto de sus respectivos márgenes, suprimió la referencia a éstos y *se limitó a fijar el precio máximo de venta al público*. Los suministros se siguieron haciendo antes de que se aclarara cuál sería el nuevo precio, pero las compañías petrolíferas, que tenían el control en sus relaciones con los distribuidores exclusivos, no negociaron nada y decidieron cobrarles el precio indicativo del Comité Profesional del Petróleo, un organismo del que sólo formaban parte ellas mismas, precio que siguió siendo idéntico al que hasta ese momento estaba impuesto administrativamente. Los distribuidores vieron que su margen en ocasiones sólo les cubría los costes fijos, y recurrieron sin éxito a distintas vías (propuesta de modificación de precios, denuncia del contrato, etc.) hasta que, finalmente, solicitaron por vía contenciosa la anulación del contrato invocando la indeterminación del precio en el contrato por el que ellos compraban los carburantes a las compañías petrolíferas.

La respuesta de los tribunales de instancia fue variada. El de París entendió que no se podía aplicar la jurisprudencia de las *brasseries*, que habría conducido a denegar la nulidad solicitada, porque faltaba un auténtico mercado libre del petróleo formado por multitud de compradores y vendedores del que pudiera surgir un precio de mercado. En su lugar, había dos tipos de precios: los fijados unilateralmente por los proveedores a los distribuidores que les estaban ligados por la cláusula de exclusividad, y los sometidos a libre concurrencia que obtenían las gasolineras independientes (S. TA París, 26-1-66³¹). La indeterminación de la cantidad que se había de suministrar y el precio al que había que pagarla provocaba la caducidad del contrato marco e impedía considerar que fueran ventas los suministros realizados desde que la entrada en vigor del Decreto de 1963 privó a los contratos de precio oficial (S. TA París, 11-7-66³²). El Tribunal de Casación casó ambas sentencias y consideró válidos los contratos, pues el nuevo Decreto no obligaba a las partes a modificar su anterior distribución de beneficios ni provocaba la indeterminación del precio (S. 29-1-68³³). A pesar de ello, los tribunales inferiores siguieron decla-

³¹ París, 5.ª ch., 26 janv. 1966, comentada por HEMARD en *RTD com*, 1966, pp. 104-106. Vid. también GHESTIN, D., 1972, p. 356.

³² París, 5.ª ch., 11 juill. 1966, comentada por HEMARD en *RTD com*, 1966, pp. 637-38.

³³ Com. 29 janv. 1968, comentada por HEMARD en *RTD com*, 1968, pp. 748-50.

rando la caducidad de contratos similares (p. ej., SS. TA París 25-6-68³⁴ y TA Grenoble 12-3-69³⁵).

10. La Sala mercantil del Tribunal de Casación puso fin a esta diversidad de soluciones en las SS. *Socomanut (27-4-71)*, *Elf c. Exor (27-4-71)* y *Strauch c. Calmes (5-11-71)*, ente otras³⁶, entendiendo que para las partes la causa determinante del acuerdo sobre aquel precio concreto había sido que estaba limitado oficialmente, por lo que, al desaparecer esa imposición, «se puede deducir que el acuerdo anterior sobre los precios ha devenido caduco desde la fecha en que se constata el fin de dicho acuerdo» (S. *Elf c. Exor*, 27-4-71)³⁷. Es decir, el Tribunal casacional atribuía la anulación de los contratos a la modificación esencial de las circunstancias producida con la desaparición de la norma administrativa a cuyo amparo se había construido el contrato y referido la relación de equivalencia entre las partes.

El Comité del Petróleo no se podía considerar un tercero arbitrador del precio en el sentido admitido por el artículo 1592, y carecía de relevancia que uno de los contratos cuestionados contuviera una cláusula remitiendo al precio del vendedor para el caso de que desaparecieran los fijados administrativamente. Bastaba que el tribunal de instancia no hubiera afirmado expresamente que el precio no dependía de una sola de las partes, para considerar que la sentencia que admitía la validez del contrato había carecido de base legal³⁸, todo ello fundamentado en la exigencia de precio para la compraventa contenida en el artículo 1591 C.civ.

11. En cuanto a los precios concretos decididos y aplicados por los productores, no parece que se cuestionara en ningún momento si habían sido abusivos o no. El habitual laconismo de las sentencias casacionales obliga a buscar los datos y razonamientos judiciales proporcionados por

³⁴ Comentada por HEMARD, en *RTD com.*, 1968, pp. 748-50.

³⁵ Comentada por HEMARD, en *RTD com.*, 1970, pp. 763-64.

³⁶ Las tres, en *D.* 1972, pp. 353-59, comentadas por GHESTIN. Fueron las más citadas, pero no las únicas: solamente el 27-4-71, el alto Tribunal dictó veinte sentencias con idénticos supuestos de hecho y posición del tribunal. El sistema de publicidad de las sentencias del Tribunal de Casación francés no coincide con el español. Después de dictar cada sentencia, la misma Sala decide el grado de publicidad que desea concederle, anotando en ella una D (destinada sólo a constar en los medios informáticos del Tribunal), B (destinada también a los diversos boletines de información más o menos restringida) o P + B (para que, además, sea publicada en el boletín oficial de sentencias civiles del Tribunal). A esta última categoría sólo acceden las sentencias que modifican la jurisprudencia antigua, le dan una nueva aplicación o la confirman cuando no había habido ocasión de hacerlo en mucho tiempo. Prácticamente, el 80 por 100 del total no se publican. De este modo, el mismo Tribunal regula el alcance e importancia que él mismo concede a sus decisiones. Cfr. GHESTIN, *JCP* 1995. 22371, núm. 3, donde cita a HATOUX, «La portée des arrêts non publiés de la Cour de cassation en matière civile», communication, 15 déc. 1993. A lo largo de este trabajo habrá ocasión de mencionar sentencias *inédites* —en ese sentido— y la especulación doctrinal a que da lugar su no publicación, pues ésta puede deberse tanto a la obviedad de la doctrina que aplica como a que la Sala no se identifica con ella por desfasada o por el carácter equitativo de la decisión, etcétera Sobre los fundamentos ideológicos que explican parcialmente esta concepción del papel de la jurisprudencia en Francia, *infra*, núm. 50.

³⁷ *D.* 1972, p. 354.

³⁸ *Socomanut c. Esso*, 27-4-71, *D.* 1971, p. 354.

las primeras que se dictaron en apelación. De ellas se desprende que el precio establecido por el Comité del Petróleo y cobrado a los distribuidores era similar al que venían pagando hasta ese momento, pero muy superior al que obtenían en el libre mercado los distribuidores no vinculados exclusivamente a una compañía petrolífera³⁹; sin embargo, no se reconoció que eso tuviera alguna relevancia en la decisión judicial adoptada⁴⁰.

12. La ineficacia que se entendió aplicable a los contratos de gasolineras, después de algunos titubeos, fue la *caducidad*⁴¹, pues la falta de acuerdo sobre el precio no databa del comienzo del contrato, sino de la entrada en vigor del Decreto de 1963⁴². La condena suponía el pago por el proveedor de los daños y perjuicios correspondientes a lo que cobró de más desde que dejó de ser aplicable el precio administrativo⁴³, contado desde la fecha de entrada en vigor del nuevo Decreto⁴⁴, y con deducción de los préstamos debidos por el distribuidor.

13. Se puede decir que la doctrina reaccionó aplaudiendo las decisiones del Tribunal de Casación⁴⁵. El autorizado comentarista Ghestin, reconociendo que el contrato de aprovisionamiento exclusivo no era una compraventa, sino algo más complejo, y que compraventas, propiamente, sólo eran cada una de las aplicaciones concretas en las que una parte suministra la cosa por un precio, apuntaba que indeterminación y exclusividad eran incompatibles. Si se admite que el contrato marco carezca de precio determinado, se está exigiendo un nuevo acuerdo sobre éste en cada entrega concreta, pero también se debe imponer la caducidad de la relación en cuanto no se alcance el acuerdo. De otra forma, se daría el contrasentido de forzar una renegociación entre partes muy desiguales en la que la más débil está obligada a alcanzar el acuerdo, pues tiene

³⁹ Aunque la diferencia de precios no fuera excesiva, sí lo era el margen de beneficio que proporcionaba al distribuidor, que en algunos casos se acercó al doble y hasta al triple del que obtenía el surtidor exclusivo. *Vid. S. TA París 26-1-66, en RTD com., 1966, p. 105.*

⁴⁰ Para una hipótesis sobre el auténtico peso de esta circunstancia en la decisión anuladora, *vid. infra*, núms. 51 y ss.

⁴¹ Aunque en algunos casos empleara el término «nulidad», pero atribuyéndole efectos propios de la caducidad, *ex nunc*; p. ej., la S. TA París de 26-1-66, *RTD com., 1966, pp. 104-106.*

⁴² Así HEMARD, en *RTD com., 1966, p. 105.*

⁴³ El cálculo se hacía con respecto al precio medio en el mercado libre -sin cláusula de exclusividad- (S. TA París 26-1-66, *RTD com., 1966, p. 106*); o en relación con el precio que el nuevo proveedor -libre- cobró al distribuidor una vez éste se desvinculó del contrato de exclusividad, aunque en este caso la cantidad debía compensarse con la indemnización debida al primer proveedor -exclusivo- por haber resuelto unilateralmente el contrato (S. TA París, 11-7-66, *RTD com. 1966, p. 638*).

⁴⁴ Así, SS. 27-4-71, *Socomanut c. Esso y Elf c. Exor*. En esta última se habla de «la fecha en la que se constata el cese del acuerdo» entre las partes, pero, al rechazar la casación, está confirmando al tribunal de instancia, que se refirió al momento de entrada en vigor del nuevo Decreto. Al principio las soluciones eran más variadas: la fecha del Decreto que suprimió los precios administrativos (S. TA París 11-7-66, casada luego por la S. TC 29-1-68); de la entrada en vigor del Decreto (S. TA París 26-1-66); o de la sentencia de apelación que aprecia la caducidad (S. TA París 25-6-68), todas citadas *supra*.

⁴⁵ P. ej., *vid. los comentarios de Hemard en RTD com., citados anteriormente.*

prohibido el aprovisionamiento por otra vía. La renegociación, por tanto, es totalmente contraria al principio y las exigencias de la exclusividad, y por eso el mantenimiento de ésta y la protección de la parte débil exigen que el contrato marco se entienda como un precontrato de venta con entrega sucesiva. Para impedir que una parte quede a merced de la otra se le debe exigir que contenga los datos que permitan fijar más tarde el precio⁴⁶.

14. Posteriormente, en un artículo que ha devenido clásico⁴⁷, el mismo Ghestin expuso el fundamento teórico de la nueva jurisprudencia. Tanto los artículos 1129 y 1591 como el 1174 que prohíbe la condición potestativa, aunque nacieron con la finalidad de proteger distintos elementos esenciales del consentimiento contractual, se han ido modificando merced a una aplicación paralela que los ha colocado en posiciones muy cercanas, por lo que pueden ser utilizados de forma casi indistinta. El motivo por el que se aplican no es la *nulidad orgánica* provocada por la indeterminación insuperable de un elemento esencial como el precio, pues una de las partes podría determinarlo posteriormente sin problemas, sino la *nulidad de protección*, impuesta para impedir que una de las partes quede a merced de la otra, y que en sus efectos equivale a la anulabilidad a instancia de parte. Esta explicación tenía la virtud de complementar a la oficial y mostrar su insuficiencia: no es que el precio fuera indeterminable, sino que era necesario proteger a una parte débil.

15. Por todo lo dicho, tal vez se pueda considerar acertada la solución adoptada en el asunto de los *pompistes*⁴⁸. Pero parece claro que no era un modelo adecuado del que extraer el régimen aplicable a la determinación del precio en la compraventa en general⁴⁹. Sin embargo, el razonamiento oficial fundamentaba su decisión en una consideración general y abstracta, la «indeterminación del precio». Sólo faltaba que se aplicara el mismo argumento a muchos otros contratos nacidos con precio indeterminado que se perfeccionaban y ejecutaban habitualmente con normalidad, endureciendo así la exigencia de determinabilidad del precio para los contratos marco en general.

⁴⁶ D. 1972, p. 359.

⁴⁷ GHESTIN, «L'indetermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)», D. 1973, Chro., pp. 293-98.

⁴⁸ Aunque había importantes argumentos en favor de la tesis contraria, que también habría sido defendible. El Decreto de 1963 no obligaba a las partes a modificar la distribución de beneficios realizada anteriormente (S. 29-1-68, cit.); el conjunto de relaciones entre proveedor y distribuidor podría haberse entendido como causa suficiente para atribuir alguna ventaja en los precios al primero; un contrato exclusivo de larga duración hace suponer que las partes están dando prioridad a la estabilidad en las relaciones frente a la flexibilidad respecto al mercado.

⁴⁹ No se olviden las muchas peculiaridades que los alejaban de la «compraventa típica»: eran contratos de distribución, con cláusula de aprovisionamiento exclusivo, en los que las partes tenían muy distinto peso económico, y el precio estaba referido a una norma imperativa que posteriormente perdió no sólo su carácter obligatorio, sino también su capacidad supletoria.

16. Esto ocurrió especialmente desde la S. 11-10-78, en la que el Tribunal de Casación *fundamentó su decisión en el artículo 1129* en lugar de hacerlo, como hasta ese momento, en el 1591⁵⁰. Lo que al principio no era más que afinar el razonamiento jurídico, pues era más adecuado aplicar el artículo 1129, de los contratos en general, que el 1591, propio de la compraventa, provocó el efecto no buscado de ampliar el ámbito de la jurisprudencia consolidada en materia de distribuidores de gasolina. La pregunta de los tribunales ante un contrato marco de cualquier tipo que no incluyera el modo de fijación del precio pasó a ser si debía aplicar el artículo 1129 –y, por ello, anularlo– o no.

17. La respuesta variaba de unos tipos contractuales a otros. En *materia de suministro de fluidos*, por ejemplo, la exigencia de determinación ha sido desde entonces absoluta⁵¹. Las sentencias posteriores sobre gasolineras ya no se enfrentaban a la desaparición de precios administrativos, pues desde 1963 había dejado de haberlos, sino a precios referidos desde el principio a la tarifa habitual del vendedor. Los tribunales sustituyeron la caducidad sobrevenida que habían apreciado ante la desaparición de la referencia administrativa por la nulidad absoluta, *ab initio* y retroactiva, al entender que «el vendedor se reserva la libertad de fijar el precio a su gusto, sin que el contrato litigioso le imponga un baremo de referencia» (S. 13-3-73)⁵².

En la S. 25-1-82, el Alto tribunal casó la sentencia que admitía un contrato de gasolinera en el que no se hacía mención al precio de los lubricantes y el del carburante se refería a la «tarifa confidencial menos impuestos» del proveedor, obligación que «revestía un carácter potestativo y le daba [al proveedor] la posibilidad de vender a un precio dependiente de su sola voluntad»⁵³. No se admitieron las referencias al «precio más ventajoso» (S. 25-2-86⁵⁴), ni siquiera a precios administrativos cuando dejaban demasiado margen de decisión al proveedor (SS. 29-6-81 y 11-1-84⁵⁵). Los sectores eléctrico y del gas se vieron menos afectados por las anulaciones debido a que sus precios estaban regulados⁵⁶, pero la referencia a tarifas administrativas cuando el índice no desaparece, sino que se modifica o es unificado con otro, también ocasionó su caducidad. Así ocurrió en la S. 30-6-80⁵⁷, confir-

⁵⁰ AYNES, «La détermination», p. 25.

⁵¹ Como veremos, hasta los intentos de cambio producidos posteriormente en la jurisprudencia siguieron manteniendo la nulidad de estos contratos. *Vid.* el informe de JEOL en la S. 22-1-91, *infra*, núms. 24 ss.

⁵² Civ. 1.ª, 13 mars 1973, cit. en GHESTIN, «L'indétermination du prix», *D.* 1973, Chron., núm. 27.

⁵³ Com. 25 janvier 1982, *Bull. Civ.* 1982. IV, núm. 26, p. 20. GHESTIN cita en el mismo sentido las SS. 5-10-82; 13-12-82; 21-3-83; 7-11-83 y 11-1-84, *Traité*, núm. 737.

⁵⁴ Cit. por GHESTIN, *Traité*, núm. 737.

⁵⁵ De combustible para horticultores el primero y de lubricantes el segundo. Cit. por GHESTIN, *Traité*, núm. 739.

⁵⁶ COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, Paris, 1991, núm. 151.

⁵⁷ Com. 30 juin 1980, *Bull. Civ.* IV, pp. 228-29.

matoria de otra en la que se declaraba la caducidad de un contrato de suministro de gas butano, porque el índice al que se remitieron las partes había cambiado sustancialmente su modo de formación y no se podía obligar a aceptarlo a la parte que había «constatado la caducidad» del contrato.

18. En cuanto a los contratos de *alquiler y mantenimiento de red telefónica*, el Tribunal de Casación los consideró nulos cuando el precio de las reparaciones se remitía a la «tarifa en vigor» del arrendador (SS. 1-12-81, dos de 9-6-87 y la civil de 5-7-88)⁵⁸. Para que hubieran sido válidos habría sido necesario que el tribunal hubiera precisado «cómo, a pesar de la cláusula de exclusividad, el precio resultante estaba sometido al libre juego de la competencia y no dependía de la sola voluntad del concedente» (S. 1-12-81)⁵⁹, casando la instancia que admitía el contrato). La S. del TA París de 13-6-91⁶⁰ anuló un contrato con la misma cláusula porque faltaba un «elemento de referencia preciso e independiente de la sola voluntad de la suministradora», y en parecidos términos lo hizo la Sala mercantil del Tribunal de Casación en la S. de 2-7-91⁶¹, que ha sido el punto de referencia en materia de contratos telefónicos y tarifas de una de las partes en general hasta las SS. Alcatel de 1994.

19. El tribunal que admitiera una cláusula referida a las «tendencias del mercado» debía investigar si su aplicación permitía que se diera un precio serio, preciso y objetivo, y la S. 7-12-81⁶² casó la de instancia por no haberlo hecho. Con la S. 14-6-84 y las que la siguieron de 12-1-88 y 12-12-89⁶³ se comenzó a aplicar la nulidad del artículo 1129 a las *franquicias*, un grupo entonces naciente que después ocasionaría muchos problemas por la notable dificultad de exigir que el convenio inicial establezca el precio inicial⁶⁴.

20. La *distribución y venta de automóviles* puede considerarse un caso aparte. En ese sector es frecuente que el concesionario venda al

⁵⁸ Com. 1er. déc. 1981; Com. 9 juin 1987, 2 arrêts; Civ. 1re, 5 juil. 1988. Todas, citadas por MALAURIE/AYNES, *Cours*, VIII, núm. 836, nota 63.

⁵⁹ Com. 1er. déc. 1981, *D.* 1982, IR, p. 95.

⁶⁰ CA Paris, 1re. ch. B, 13 juin 1991, *Juris-Classeurs*, 1993, núm. 34.

⁶¹ Com. 2 juill. 1991, *Juris-Classeurs*, 1993, núm. 34.

⁶² Com. 7 déc. 1981, *D.* 1982, IR, p. 95.

⁶³ Cit. por LEVENEUR, «Des contrats-cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix: le reflux et ses limites», *CCC*, Mai 1991, p. 2.

⁶⁴ Como veremos, también el cambio producido en 1991 tuvo lugar ante una serie de contratos de franquicia (núms. 24 y ss.). Tal vez se habrían evitado algunas confusiones si se hubiera partido de la diversidad contractual escondida bajo ese nombre. Como es sabido, la franquicia es un contrato de colaboración mediante el cual el franquiciador cede a los franquiciados una marca, un producto o un servicio y un saber hacer específico para gestionar adecuadamente el negocio. Las cantidades que se han de pagar, que son principalmente los *royalties*, no suelen plantear problemas de indeterminación. Sólo en una modalidad de franquicia de productos, la más similar a los contratos de distribución a los que nos venimos refiriendo, se plantea el problema, ya que el franquiciador vende al franquiciado sus productos para que éste los distribuya con carácter exclusivo y no hay *royalties*, sino que el franquiciador obtiene su beneficio del precio que cobra al franquiciado. La determinación de dicho precio suele remitirse a la propia tarifa del primero en la fecha de la entrega.

consumidor a un *precio indicativo* sometido a la tarifa del fabricante en vigor el día de la entrega, y la jurisprudencia, después de alguna vacilación (p. ej., S. civil 20-5-81, que anulaba el contrato ⁶⁵), ha considerado válida la cláusula. Aunque el precio no esté determinado en el contrato marco, sí lo está con ocasión de cada contrato individual (S. 7-6-83 ⁶⁶), y en este caso no viene fijado por el vendedor-concesionario, sino por un tercero (el fabricante), que para modificarlo tiene en cuenta las fluctuaciones del mercado (S. civil 8-11-83 ⁶⁷). Aynes observó que nada diferenciaba al mercado de automóviles de los demás y, sin embargo, era el único libre de la nulidad impuesta por los tribunales, «una isla en el océano de inestabilidad» ⁶⁸. Efectivamente, la práctica diaria muestra que el precio puede fijarse en relación al practicado habitualmente por una de las partes sin que haya abuso y, si eso ocurriera, podría atacarse en cada caso concreto por incumplimiento de la exigencia de buena fe del artículo 1134.3 C.civ.

21. En los años 80 varios factores hicieron que la doctrina se opusiera cada vez más a la postura anuladora mantenida por la más alta instancia judicial. El primero fue una cierta sensación de inestabilidad contractual provocada por la amenaza permanente de anulación, sensación percibida con mayor o menor fuerza según la postura de cada autor. La segunda, la redacción y el estudio del Convenio de Viena de 1980 promovido por la ONU sobre compraventa internacional de mercancías, del que forma parte Francia, y que permite en su articulado la perfección de contratos que no hagan referencia al precio ⁶⁹. Por último, diversos estudios de Derecho comparado pusieron de manifiesto lo alejada que estaba la jurisprudencia francesa de la práctica contractual internacional y de la regulación de otros países ⁷⁰.

⁶⁵ Civ. Ire. 20 mai 1981, citada por BARRET, «Vente», núm. 473.

⁶⁶ Com. 7 juin 1983, citada por AYNES, «Distribution», p. 543.

⁶⁷ Civ. Ire. 8 nov. 1983, citada por MALAURIE/AYNES, *Cours*, núm. 209; BARRET, «Vente», núm. 483.

⁶⁸ «La détermination du prix dans les contrats de distribution automobile», en *DPCI*, 18, 1992-4, p. 543.

⁶⁹ El artículo 55 establece un modo de fijar el precio «cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo». Uno de los asuntos más conflictivos de toda la Convención fue, precisamente, la aparente contradicción del artículo 55 con el 14, para el que «una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlo». Para todo ello, HONNOLD, *Uniform Law of International Sales under the 1980 U. N. Convention*, Kluwer, Deventer, 1991, pp. 201 ss. y KRITZER, *Guide to Practical Applications of the U. N. Convention on Contracts*, Kluwer, Deventer, 1989, pp. 155-58.

⁷⁰ STRAUCH/NEUMANN, «La détermination des prix et autres prestations en droit allemand des contrats», *DPCI*, 1980, pp. 133-47; CORBISIER, «La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises, réflexions comparatives», en *RIDC*, 1988, pp. 801 ss.; TALLON (dir.), *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, Ed. Pedone, Paris, 1989; la encuesta realizada por *Droit et pratique du commerce international*, 1992, núm. 3; CORBISIER, «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe», en *RAE*, núm. 3, 1993, pp. 27-40; SEFTTON-GREEN, «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Droit Anglais», en *RAE*, núm. 3, 1993, pp. 41-48.

22. Como concluía Tallon, aunque varíen las formulaciones, en todas partes conviven cierta exigencia de determinación del precio y contratos perfectamente admisibles que se perfeccionan sin decir nada sobre el precio, frente a los que el sistema no reacciona anulando sino en unos pocos supuestos, especialmente cuando la indeterminación sea indicio de falta de consentimiento o implique abuso de una de las partes⁷¹. Para el resto de los casos, que son la gran mayoría, los sistemas proveen formas de determinación subsidiarias, ya sea través de la ley o por vía jurisprudencial. De una u otra forma, todos los Derechos habían flexibilizado la exigencia de determinación, lo que ponía en entredicho el maximalismo con que se seguía aplicando en Francia.

23. Desde entonces, la mayor parte de la doctrina ha criticado la aplicación de la nulidad, considerada el reflejo de una economía tradicional que no hace previsiones a largo plazo, un lastre para la economía moderna y un medio inadecuado para proteger a los distribuidores⁷². Para compaginar la dificultad de fijar un precio en los contratos de integración a largo plazo y la necesidad de proteger a la parte menos poderosa, Frison-Roche propuso que se admitiera la arbitración de parte y, cuando ésta resultara abusiva, el juez interviniera modificando el precio⁷³. Aun reconociendo que esta solución tenía muchos obstáculos en Derecho francés, coincidía con otras líneas jurisprudenciales que ya estaban sustituyendo la nulidad del contrato por la parcial de las cláusulas leoninas y abusivas o modificando judicialmente el precio convenido por las partes por estimar que no se corresponde con el valor de la contraprestación (al controlar el precio de las cesiones de oficios ministeriales –*offices ministériels*–, mandato, contrato de empresa, etc.). La autora propugnaba que se le reconociera al juez un poder directo sobre el contrato, como ya se le había concedido sobre el proceso, lo que acercaría al Derecho francés al anglosajón. Ferrier propuso que el problema se arreglaría admitiendo la referencia al precio habitual del vendedor⁷⁴, y Aynes sugirió emplear la distribución de automóviles como modelo para reconstruir el Derecho común aplicable a los contratos bloqueados por la exigencia de precio en el contrato marco⁷⁵.

24. El mismo Tribunal de Casación limitó los efectos de su propia doctrina, consciente de los problemas que causaba⁷⁶, en la *S. Baumgartner*

⁷¹ TALLON, *Détermination*, pp. 12 y 108-109.

⁷² Respectivamente, MALAURIE/AYNES, *Cours*, núm. 203 y COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats*, núm. 148. Un elenco más amplio de críticas *infra*, núm. 39.

⁷³ FRISON-ROCHE, «L'indétermination du prix», en *RTD civ.*, 1992-2, pp. 269-303. Especialmente, núms. 48-55.

⁷⁴ FERRIER, «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif», *D.* 1991, *Chron.*, pp. 237-40.

⁷⁵ *DPCI*, 1992-4, p. 548.

⁷⁶ Al menos, esa es la lectura de AYNES, «Indétermination du prix dans les contrats de distribution: comment sortir de l'impasse?», *D.* 1993, *Chron.*, p. 25.

c. *Ouest-Abri*, de 22-1-91⁷⁷, que admitía la validez de un contrato de distribución exclusiva de prefabricados móviles (*roulottes de chantiers*) cuyo precio era fijado a cada entrega por el suministrador. El distribuidor demandaba al proveedor por incumplimiento y éste, que también era el redactor del contrato, esgrimió la nulidad por indeterminación del precio, que fue admitida en la apelación y casada posteriormente. Según el Tribunal de Casación, el contrato marco tenía por objeto garantizar la distribución exclusiva en favor del distribuidor (es decir, «consistía esencialmente en una obligación de hacer»), y no debía confundirse con los de venta sucesiva (consistentes en obligaciones de dar) necesarios para su concreción. Al convenio marco no le era exigible un precio, y tampoco se había alegado que estuviera excluida su libre discusión y aceptación por las partes, y por ello procedía casar la sentencia.

El informe presentado por el fiscal (*Avocat General*) Jeol se publicó con la sentencia y fue considerado su armazón argumental. Jeol entendía que el paso de emplear el artículo 1591 al 1129 para fundamentar las nulidades, pensado en un principio para distinguir correctamente el contrato marco —que no es una venta— de los contratos de aplicación —que sí lo son—, había tenido como consecuencia no buscada una ampliación «excesiva e inoportuna» de la exigencia de determinación del precio y había provocado una «cancerización» de los contratos que no respondía a la voluntad de las partes, ni a sus intereses económicos, ni a las tendencias del ordenamiento comunitario.

La solución provenía de distinguir dos tipos de contratos: los que tienen por objeto el aprovisionamiento exclusivo de un comerciante de *productos elementales*, como la gasolina o la cerveza, para los que se debería mantener la exigencia de determinación —y su anulación si ésta faltaba—, y los contratos que tenían un contenido más complejo. En estos segundos, de los que formaba parte el cuestionado en el proceso, se pretende ordenar totalmente la distribución de productos más elaborados cuyo valor cambia mucho según la moda (perfumes, ropa, automóviles, electrodomésticos, etc.). El contrato no parece dirigido principalmente a conseguir el aprovisionamiento, sino a garantizar al distribuidor su exclusividad sobre el producto y al proveedor su promoción y penetración en un mercado geográfico determinado; es decir, se establecen, sobre todo, *obligaciones de hacer*. Jeol invitaba a los jueces a declarar la nulidad si la obligación era de dar y mantener su validez si era de hacer⁷⁸.

⁷⁷ Cass. com. 22 janvier 1991, *D.* 1991, 175, concl. JEOL. Comentada por LEVENEUR, «Des contrats-cadre en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix: le reflux et ses limites», en *CCC*, Mai 1991, p. 1; FERRIER «La détermination», p. 237; GHESTIN, en *D.* 1993, p. 381; GHESTIN, *Traité*, núms. 722 y 726-28.

⁷⁸ Sigo la exposición de GHESTIN, *Traité*, núm. 727. También deberían mantenerse los contratos de distribución de productos generalmente menos elaborados cuando formaran parte de un contrato más complejo que los asimilara a los de hacer, aunque incluyera, accesoriamente, obligaciones de dar (*ibid.*).

25. La reacción de la doctrina fue muy crítica. Los mismos hechos del litigio que dio origen a la sentencia, de los que no se desprendía que el distribuidor hubiera soportado la obligación de comprar los productos a un precio fijado unilateralmente por el vendedor, que es la hipótesis más clásica en materia de aprovisionamiento exclusivo, podían hacer suponer que el impacto de su doctrina sería limitado⁷⁹, y las distinciones propuestas por Jeol para justificar la decisión no convencieron a nadie. No se comprendía por qué si el producto era elemental la obligación principal es de hacer⁸⁰ y el contrato marco puede admitirse sin precio determinado (Aynes apuntaba que sería más razonable decir lo contrario⁸¹); se consideraba que la distinción entre obligaciones de dar y de hacer era difícilmente aplicable en materia de distribución⁸², y podría llegar a incluir todos los contratos marco, que de este modo se encontrarían excluidos en bloque del artículo 1129⁸³; la exigencia de determinación no debía depender de la amplitud de las obligaciones asumidas por el distribuidor⁸⁴, etc. En cualquier caso, el cambio jurisprudencial no fue bienvenido. Para unos, admitir como válido un acuerdo marco sin precio no garantizaba que se produjera luego un nuevo acuerdo sobre éste en igualdad de condiciones en cada contrato de aplicación, y eso podría provocar un *impasse* del contrato (que entonces sería válido pero inejecutable) o, lo que es peor, colocaría a una parte a merced de la otra, por lo que era preferible seguir aplicando a los contratos marco la exigencia del artículo 1129⁸⁵. Para otros era un paso adelante, pero aún insuficiente⁸⁶.

26. La S. de 22-1-91 no pudo cumplir sus ambiciosas aspiraciones y provocó una jurisprudencia efímera. Sólo fue continuada por tres sentencias dictadas a lo largo de 1991: la S. 29-1-91⁸⁷ daba por bueno un contrato de prestación de servicios (para los que la solución adoptada no era nueva); la S. 2-7-91 admitía uno de distribución de materiales en el que la instancia no se había cuestionado, indebidamente a juicio de la casación, si las obligaciones eran de dar o de hacer⁸⁸; y la 16-7-91⁸⁹ era una franquicia que no incluía en su contenido la distribución de productos. Desde el primer momento, estas sentencias nue-

⁷⁹ FERRIER, «La détermination», p. 238.

⁸⁰ MALAURIE, cit. por GHESTIN, *Traité*, núm. 728.

⁸¹ En estos productos el precio depende de las fluctuaciones de la moda, por lo que se podría pensar que es más necesaria su determinación inicial. AYNES, *DPCE*, 1992-4, p. 545.

⁸² FRISON-ROCHE, «L'indétermination», núm. 15; GHESTIN, en *D.* 1993, p. 383.

⁸³ LEVENEUR, «Des contrats-cadres», p. 1.

⁸⁴ FERRIER, «La détermination», núm. 5.

⁸⁵ GHESTIN, en *D.* 1993, pp. 381-384; *Traité*, núm. 726; LEVENEUR, «Des contrats-cadres», p. 1.

⁸⁶ FERRIER, «La détermination», núm. 6.

⁸⁷ Com. 29 janv. 1991, caso *Rodimod*, comentada en LEVENEUR, «Des contrats-cadres», p. 2; GHESTIN, en *D.* 1993, p. 381.

⁸⁸ Com. 2 juill. 1991, breve referencia en GHESTIN, *D.* 1993, p. 381. Lo que provocó la casación. Según GHESTIN, la Casación mostraba así que quería aplicar la nueva línea y disponer de la constatación de hecho que le permitiera controlar su aplicación (*ibid.*).

⁸⁹ Com. 16 juill. 1991, referencia en GHESTIN, *D.* 1993, p. 381. También incluye en la lista a las SS. 30-6-92 y 23-2-93, a las que me referiré después.

vas coincidieron en el tiempo con otras que mantenían la nulidad, hasta que a finales de ese mismo año se volvió a la situación anterior.

Eso ocurrió cuando la S. 5-11-91 (*Halles Capone*⁹⁰) confirmó la nulidad de una franquicia de ropa de moda porque la cantidad y precio de los productos dependían de la sola voluntad del franquiciador pese a que las obligaciones principales del contrato consistieran «esencialmente en un hacer». Como apuntaba Ghestin, si lo importante es que los precios sucesivos puedan ser libremente aceptados por las partes, el criterio delimitador propuesto por Jeol deviene irrelevante⁹¹. En un caso parecido, *Natalys*, la S. de 19-11-91⁹² casó la sentencia que admitía el contrato porque, aunque la franquiciadora no tenía un monopolio, y por ello no había podido prescindir del mercado al fijar sus precios, la instancia no se había preguntado concretamente «si los precios de aplicación podían ser libremente discutidos y aceptados por las partes», y eso debía provocar su casación. Era tanto como presumir que donde hay una cláusula de exclusividad los precios no se pueden negociar⁹³.

Con estas dos sentencias se dio por finalizado el intento de cambiar la línea emprendida en 1971. Todavía la S. 30-6-92 admitió la validez de un contrato marco sin precio, pero ya no se publicó de forma oficial, precisamente por estar al margen de la línea jurisprudencial que el tribunal asumía como propia⁹⁴. No obstante, Ghestin observó que la S. 22-1-91 había mantenido en todo momento la exigencia fundamental de impedir que una parte quede a merced de la otra, por lo que seguía siendo válida en aquello en que había reforzado el núcleo de la línea de sentencias anuladoras. También se entendió consolidado que el 1129 no era aplicable a las prestaciones de servicios con la misma energía con que lo era a las compraventas o al contrato que, para ser aplicado, necesitara de la realización de ventas (obligaciones de dar); es decir, incluía las franquicias de productos en el régimen de los contratos de distribución, del que excluía al resto de las franquicias.

27. El retorno a la jurisprudencia anuladora ocasionó también su endurecimiento. Las sentencias que mantenían la nulidad de los contratos de gasolineras habían convivido sin problemas con la nueva jurisprudencia, que no pretendía modificarlas. Así, en las SS. 12-2-91 (*Esso c. Turpault*) y 26-2-91 (*Total c. Fagega*)⁹⁵ los contratos marco tenían determinado el modo de fijar precio a los carburantes suministrados, pero no el aplicable a los lubricantes; esa parte era nula y provocaba la nulidad total del contrato por razón de su indivisibilidad. También se recuperó la nulidad de los contratos de mantenimiento de línea telefónica con referencia a la tarifa de la compañía telefónica (vid. las citadas SS. TA París de 13-6-91 y la del T. Casación de 2-7-91).

⁹⁰ Com. 5 nov. 1991, en *D.* 1993, pp. 382-3.

⁹¹ GHESTIN, en *D.* 1993, p. 382.

⁹² Com. 19 nov. 1991, en *D.* 1993, pp. 382-3.

⁹³ Así, GHESTIN, *ibid.*, p. 383.

⁹⁴ GHESTIN, *D.* 1993, p. 381. *Vid. supra*, nota 36.

⁹⁵ Reproducidas y comentadas en LEVENEUR, «Des contrats-cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix: le reflux et ses limites», *CCC*, Mai 1991, pp. 1-3.

28. Desde 1992 se incluye en el grupo de los contratos afectados por la exigencia del artículo 1129 a los de *affiliation*, en los que una cadena proveedora de productos, generalmente alimenticios, provee a tiendas especializadas (distribuidores) de todos los productos que éstas venden al por menor. En las SS. 14-4-92⁹⁶ y, sobre todo, en dos de 23-6-92 (*Uta c. Sobudis y Pinier c. Disco Gros*⁹⁷), el Tribunal de Casación entendió que tales contratos de *affiliation* eran también de aprovisionamiento exclusivo, les aplicó el artículo 1129 y declaró su nulidad por falta de precio. En la S. 9-3-93 (*Aldis c. Pistono*⁹⁸) consideró que un contrato de aprovisionamiento «preferente» había establecido, más allá de las palabras empleadas, un régimen de exclusividad en favor de la proveedora que fijaba los precios, por lo que declaró su nulidad.

29. A partir de la S. de la Sala civil de 2-5-90⁹⁹ se comenzó a aplicar el artículo 1129 a los contratos de préstamo bancario con tipo de interés variable¹⁰⁰. La Sala de lo comercial limitó el alcance de esta decisión en la S. 9-6-92¹⁰¹, asumida también por la Civil en la S. 9-2-94¹⁰². En ellas se entendía que la anulación del contrato iría en perjuicio del prestatario al que se quiere proteger y, por eso, aunque la cláusula que faculta al banco prestamista a variar el tipo de interés en función de su voluntad es nula, «no supone la nulidad del contrato de préstamo». Si el prestamista no hace uso de su facultad de arbitrio, el contrato es válido y le serán aplicables los intereses pactados inicialmente. Pese a esta atemperación, un estudio de Derecho comparado realizado por Corbisier cuestionó el comportamiento de los tribunales franceses, que divergía totalmente del de los países del entorno y podía suponer para los bancos nacionales «una desventaja competencial en el contexto del gran mercado europeo»¹⁰³.

30. También en 1992 se produjo un importante cambio en el tipo de ineficacia y efectos derivados del artículo 1129, cambio que culminaría una evolución desde la caducidad inicial a la nulidad con todas sus consecuencias y causaría el paradójico efecto de mostrar la inadecuación de esta última al tipo de problemas que se afrontaban.

⁹⁶ GHESTIN, D. 1993, p. 383.

⁹⁷ LEVENEUR, «Les conséquences de la nullité por indétermination du prix des contrats-cadres de distribution», CCC, novembre 1992, pp. 1-3.

⁹⁸ En CCC, juillet 1993, núm. 129, p. 6.

⁹⁹ Civ. 1re. 2 mai 1990, cit. por CORBISIER, p. 36, nota 2.

¹⁰⁰ Especialmente, vid. GHESTIN, *Traité*, núms. 746-759.

¹⁰¹ Com. 9 juin 1992, D. 1992, Jur., 529, note Gavalda, cit. por CORBISIER, p. 36, nota 2.

¹⁰² Civ. 1re. 9 février 1994, RTD civ. 1994-3, pp. 599-600, comentada por MESTRE.

¹⁰³ CORBISIER, «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe», en RAE, núm. 3, 1993, pp. 27-40 (la cita, en la p. 36), donde estudia la solución en Alemania, Holanda, Bélgica y Luxemburgo, y su complemento en Derecho británico en SEFTON-GREEN, «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Droit Anglais», en RAE, núm. 3, 1993, pp. 41-48. La solución comparada es, a salvo puntualizaciones específicas para el Derecho del consumo, la admisión de tales cláusulas, aunque sometiendo su aplicación a control judicial según el principio de buena fe. Como se ve, prácticamente la misma solución vista anteriormente para la compraventa.

La jurisprudencia de los años 70 sobre gasolineras se había decantado por la caducidad sobrevenida del contrato, decisión lógica cuando no había habido problemas respecto al precio hasta que desapareció la norma que lo fijaba. Esta caducidad volvió a mantenerse ocasionalmente para casos en que el precio era inicialmente admisible pero estaba sometido a una cláusula que permitía la arbitrariedad, como ocurría en la S. 2-11-93¹⁰⁴, donde se casaba una sentencia que admitía un contrato de suministro de cerveza porque la referencia empleada para modificar el precio inicial dependía parcialmente de la voluntad del proveedor¹⁰⁵, y por ello el contrato había «devenido caduco». El Tribunal de Casación se inclinaba así, contra algunas sugerencias doctrinales, por entender que la caducidad nace de pleno derecho en el momento en que se produjo la arbitrariedad y el juez debe limitarse a declararla, sin atribuirle efecto retroactivo¹⁰⁶.

Los contratos «de gasolineras» de segunda generación nacieron con referencia directa a la tarifa del vendedor, es decir, nunca habían llegado a tener un precio admisible, por lo que la solución adoptada para ellos fue la nulidad. Con la ampliación del 1129 a otros contratos marco se sugirió que cada falta de acuerdo para un contrato de aplicación debería ser un supuesto de caducidad y no de nulidad, pero prevaleció la idea de que la falta de elementos determinantes hacía ya de por sí nulo al contrato marco, con independencia de lo que ocurriera en su aplicación. Con frecuencia se dijo que era indiferente apreciar caducidad o nulidad¹⁰⁷, pero eso se debía a que los tribunales no adoptaban la nulidad con todas sus consecuencias. Las diferencias entre una y otra fueron quedando más patentes conforme la decisión de anular se fue aplicando con más coherencia. Esta evolución tuvo gran importancia para que la mayoría llegara a darse cuenta de que la nulidad no era el remedio adecuado para solucionar el problema.

31. A partir de la S. 13-3-73 se entendió que *la declaración de nulidad del contrato marco afectaba también a los de aplicación*; por lo tanto, debía ser retroactiva y ocasionar las devoluciones del precio ya pagado por el distribuidor y los productos ya entregados por el proveedor. En muchas ocasiones estos últimos ya se habían consumido y su devolución era imposible, por lo que se pagaba su equivalente en dinero fijado según la tarifa del vendedor.

32. Esta solución, aplicada durante mucho tiempo, materialmente equivalía casi a una anulación *ex nunc* (contrato válido con el precio

¹⁰⁴ Com. 2 novembre 1993, en *RTD civ.*, 1994-3, pp. 600-01.

¹⁰⁵ Parece que en este caso la decisión no era correcta (en el mismo sentido, MALAURIE/AYNES, *Cours*, VIII, núm. 836). El contrato establecía la modificación automática del precio según lo hicieran el de la cebada y el salario de los empleados del cervecero, y como este último no era resultado de un convenio colectivo, sino de negociación por empresas, dependía en parte de la voluntad del proveedor. Nada de ello quita importancia a la decisión que adoptó el Tribunal acerca de los efectos que debería acarrear la ausencia de precio.

¹⁰⁶ MESTRE, en *RTD civ.*, 1994-3, pp. 600-01.

¹⁰⁷ Así lo mantenía GHESTIN, *D.* 1993, p. 384.

fijado por el proveedor hasta el momento de la sentencia, y nulo desde ésta)¹⁰⁸. Pero era un contrasentido declarar la nulidad del contrato *porque* no era admisible el precio del vendedor, y acto seguido emplear ese mismo precio como referencia para fijar el valor de los productos entregados¹⁰⁹. Dos *SS. TC. de 23-6-92* (una relativa a contrato de *affiliation*, *Pinier c. Disco Gros*, y la otra «de gasolineras», *Bertron c. Esso*¹¹⁰) afrontaron la incoherencia y, tras declarar la nulidad de los contratos cuestionados, especificaron que los productos entregados (es decir, la cantidad que se debía pagar al no poder devolverlos) «deben ser pagados a su valor real, sin incluir la parte de beneficio obtenida por el proveedor» (*S. Pinier*)¹¹¹. La *S. 5-4-94*¹¹² mantuvo este criterio al casar una sentencia anuladora de un contrato «de gasolinera» porque había condenado al pago del equivalente del carburante entregado sin restar el beneficio del proveedor: la actuación de la instancia era como ejecutar un contrato como consecuencia de un sentencia que declaraba su nulidad. Leveneur defendió la solución porque era igual de gravosa para el proveedor que si le hubieran devuelto el producto entregado, pero no más, y desincentivaría la redacción de contratos sin mención de precio¹¹³, que eran, a su juicio, el auténtico problema. Por el contrario, Malaurie y Aynes la criticaron por permitir al distribuidor acumular retroactivamente su beneficio y el del proveedor, algo «contrario a la moral de los negocios»¹¹⁴.

33. De forma paralela a la extensión del ámbito del artículo 1129, en los últimos años también se pudo apreciar en los tribunales un cierto «retorno a una mayor estabilidad de los contratos y menor uso de la anulación por defecto de objeto»¹¹⁵. Pero no parece que proviniera de un cambio o una discrepancia de la línea mayoritaria, pues no se dijo nada de eso expresamente, sino de los casos concretos que se juzgaban. Así se

¹⁰⁸ La *S. 5-4-94* así lo dijo. En realidad, no eran totalmente equivalentes, pues de esa cantidad había que descontar, con frecuencia, la indemnización a la que se condenaba al proveedor por la diferencia entre su precio y el de «mercado libre».

¹⁰⁹ Subraya la paradoja LEVENEUR en «Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix des contrats-cadres de distribution», *CCC*, novembre 1992, p. 2.

¹¹⁰ *Com. 23 juin 1992*: 1re. arrêt, *affaire Uta*; 2e. arrêt, *affaire Pinier*; 3e. arrêt, *affaire Bertron*, reproducidas y comentadas por LEVENEUR en «Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix des contrats-cadres de distribution», *CCC*, novembre 1992, pp. 1-3.

¹¹¹ *Ibid.* En parecidos términos se expresa la *S. Bertron*. Esso no tenía derecho a obtener la restitución pedida con referencia a su propia tarifa de precios, que era más de lo que se habría debido en ejecución de una nulidad contractual, «sino al valor real de los productos entregados, con exclusión de todo beneficio». Igualmente, *Com. 5 avr. 1994*, *Sté. Da Costa c. Sté. Mobil Oil française*, sentencia inédita citada por MESTRE en *RTD civ.*, 1994-3, p. 601.

¹¹² *Com. 5 avril 1994*, en *RTD com.*, 1994-4, pp. 768-69, comentada por BOULOC.

¹¹³ LEVENEUR, «Les conséquences», p. 3.

¹¹⁴ MALAURIE/AYNES, *Cours*, VIII, núm. 836, nota 64. Ponen por ejemplo la enorme acumulación de capital que supondría aplicar esa regla con carácter retroactivo a una relación comercial de, por ejemplo, 30 años.

¹¹⁵ BOULOC, *RTD com.*, 1995-4, p. 834.

pueden entender las SS. citadas de 23-2-93¹¹⁶, 30-11-93¹¹⁷, 21-2-95¹¹⁸ y 23-5-95¹¹⁹.

34. Es inevitable preguntarse por la influencia que estos vaivenes judiciales, en su mayor parte orientados hacia la nulidad, provocaron en el comportamiento de los agentes económicos y en la contratación de la «vida real». El sector más contrario a la jurisprudencia dominante le echa en cara unos «efectos devastadores», pero también constata su incapacidad de modificar la práctica contractual, que sigue remitiendo el precio a la fijación de una de las partes, aunque los términos contractuales lo «disfracen» para escapar de la anulación¹²⁰.

¹¹⁶ Com. 23 févr. 1993, *SA Champion c. SARL Les Frères Gourmet, CCC*, juillet 1993, núm. 129; *D.* 1993, 379. Champion se comprometía a aprovisionar de *foie gras* a Les Frères en un contrato cuyo precio era comunicado cada año por el primero, con posibilidad de renegociación. Al año de la firma del contrato surgieron problemas entre las partes y el distribuidor demandó la resolución, contestada por el proveedor invocando la nulidad por indeterminación del precio. La instancia dio por bueno el contrato y su resolución y fue confirmada en casación, aunque modificando su razonamiento «*par motifs de pur droit*»: el contrato establecía obligaciones de hacer, y la mera discusión anual del precio, sin que nadie hubiera invocado que una de las partes hubiera podido imponer su voluntad a la otra, no era criterio suficiente para causar la nulidad del contrato. El tenor literal de la corrección de fundamentos de Derecho realizada por la *Cour* hace que se pueda considerar un epígono de la línea comenzada por la S. 22-1-91 (como hace GHESTIN, *D.* 1993, p. 381). Pero me parece importante subrayar que, una vez más, era la parte redactora del contrato y con pretexto poder de decisión la que invocaba la nulidad: bastaría esto para entender inaplicable una ineficacia cuyo sentido, no lo olvidemos, es proteger a la otra parte.

¹¹⁷ *RTD civ.*, 1994-3, p. 599. Admitía la tarifa del productor porque si el distribuidor se oponía a ella estaba previsto el arbitrio de un tercero.

¹¹⁸ *RTD com.*, 1995-4, pp. 833-34, comentada por BOULOC. La Casación consideró admisible el contrato porque no era una venta, sino un acuerdo general que servía de base a otras ventas, el tribunal de instancia no había apreciado indeterminación del precio (recuérdese que en otras ocasiones la *Cour* no renunciaba a controlar este punto) y porque «no está demostrado que el proveedor haya impuesto su voluntad» a la otra parte (recuérdese también que anteriormente la presunción era la contraria). Pero, más que un cambio en la doctrina, esos razonamientos parecen servir de acompañamiento al auténtico motivo de que se admita el contrato: que éste contenía una cláusula remitiendo al precio anterior en defecto de nuevo acuerdo, con lo que la indeterminación quedaba salvada en cualquier caso.

¹¹⁹ *Civ. 1re.* 23 mai 1995, *RTD civ.*, 1995-3, pp. 620-21, comentada por MESTRE. La determinabilidad cuestionada no era la del precio, sino la de la prestación. El contrato para la colocación de un vídeo-club incluía el alquiler de 200 películas indicadas por sus géneros, pero no por sus títulos. El TA Caen apreció nulidad contractual por efecto del artículo 1129, ya que la determinación de la prestación dependía en último lugar sólo de la voluntad del proveedor, pero su sentencia fue casada, pues bastaba la determinación de especie y cantidad y en este caso, además, parece que la elección de los títulos concretos no se dejaba al proveedor, sino a los socios del vídeo-club. Con toda probabilidad, el conflicto que ocasionó la demanda no estuvo provocado por los problemas de determinación, sino que ésta fue, una vez más, el argumento empleado por una de las partes para intentar desvincularse del contrato.

¹²⁰ En el que tal vez sea el trabajo más crítico con la jurisprudencia anuladora, AYNES dice: «Tanta energía gastada inutilmente... Esta jurisprudencia obstinada no ha logrado modificar en profundidad la práctica contractual, y mientras tanto continúa alimentando una abundante litigiosidad. Y no es que los justiciables se empeñen en resistirla, sino que ninguna cláusula permite satisfacer a la vez las exigencias pretorianas y las necesidades prácticas. Los precios de los contratos de suministro son tan indeterminados hoy como hace veinte años. La jurisprudencia está obligada a batirse en retirada». «*Indétermination du prix dans les contrats de distribution: comment sortir de l'impasse?*», en *D.* 1993, *Chron.*, pp. 25-27. La cita está en la p. 25.

35. Ya nos hemos referido a algunos de esos «disfraces». Los tribunales no admitieron la «tarifa confidencial» (S. 25-1-82), el «precio más ventajoso» (S. 25-2-86), ni siquiera los precios administrativos cuando dejaban demasiado margen de decisión al proveedor (SS. 29-6-81 y 11-1-84)¹²¹. Los términos de «*affiliation*», «aprovisionamiento preferente», «aprovisionamiento libre» o «mandato y gerencia para explotación de fondo de comercio de distribución de carburantes» fueron equiparados a todos los efectos a la distribución con cláusula de exclusividad de la que previsiblemente intentaban diferenciarse¹²².

36. El sistema que parece más empleado en la práctica para evitar la nulidad es insertar en el contrato *cláusulas de fijación del precio por un tercero* permitidas por el artículo 1592 C.civ. con arreglo a un procedimiento complejo, aplicables desde el comienzo de la vida del contrato en algunos casos o, más frecuentemente, sólo si una de las partes considera inaceptable el precio fijado por el vendedor¹²³. En este caso las partes, y especialmente el proveedor, tienen la firme intención de no llegar a emplear nunca el mecanismo, pero lo incluyen porque cumple una doble función: desincentivar el cuestionamiento del precio por la otra parte, ya que el procedimiento para hacerlo resultaría complicado, lento y caro; y protegerse de una eventual demanda de nulidad por falta de precio. Para Aynes, la cláusula no convierte al precio en determinable¹²⁴ y es contraria a las necesidades del comercio¹²⁵. Lo cierto es que parece muy usada y algunas sentencias, como la de 30-11-93, dan fe de su utilidad para evitar la anulación¹²⁶.

37. Otra cláusula empleada a veces con los mismos fines dilatorios es la de *oferta concurrente*, de la que proporciona un buen ejemplo el caso *Fimex c. Expandia* resuelto por la S. TA París 2-5-86¹²⁷. El contrato en cuestión establecía el suministro durante tres años renovables de un complejo producto farmacéutico, el iskedyl, cuyo ciclo de producción es de unos diez años. Según la cláusula de oferta concurrente, el comprador

¹²¹ Las referencias, *supra*.

¹²² SS. 12-2-91; 14-4-92; dos de 23-6-92; 9-3-93. Todas ellas, citadas *supra*.

¹²³ GROS, «Les clauses de prix dans les contrats de bière», *CCC*, janv. 1991, citado por AYNES, «L'indétermination», p. 25. En el mismo sentido, GASTINEL, *EBLR*, october 1995, pp. 239-40. LELOUP, en su respuesta al cuestionario internacional promovido por *Droit et pratique du commerce international* (núm. 18, 1992-3, p. 422), también recomienda evitar la nulidad acudiendo a la cláusula de precio fijado por tercero, aunque da la impresión de hacerlo con la intención de que se aplique realmente.

¹²⁴ «L'indétermination», p. 25.

¹²⁵ MALAURIE/AYNES, *Cours*, VIII, núm. 836.

¹²⁶ Com. 30 novembre 1993, en MESTRE, *RTD civ.*, 1994-3, p. 599. Aunque no era un supuesto clásico. Se trataba de un contrato de distribución exclusiva de cerveza que remitía el precio al habitual del cervecero o, si el distribuidor se oponía, al fijado por un tercero. El distribuidor denunció el contrato cuando aún le quedaban cuatro años y, para evitar que se le aplicara la cláusula penal (el precio del 20 por 100 de los productos que dejaba de recibir con su denuncia), invocó la nulidad del contrato por indeterminación del precio. El Tribunal de Casación, confirmando la instancia, reconoció la validez del contrato, la cláusula penal y el precio fijado unilateralmente por el proveedor al que el distribuidor no se había opuesto en su momento.

¹²⁷ CA París, 2 mai 1986, *JCP*, 1986. II. 20622, comentada por GHESTIN. Fue confirmada en casación por la S. Com. 14 juin 1988, *cf.* GHESTIN, *Traité*, núm. 741.

(Fimex) podía oponerse al precio fijado anualmente por el productor (Expandia) y sustituirlo por el contenido en una oferta alternativa que hubiera ofrecido de forma seria otro laboratorio de garantía. Aunque la cláusula podría haberse admitido en abstracto, en este caso el procedimiento de aplicación previsto, que otorgaba al comprador un plazo de dos meses desde el conocimiento del precio para poder buscar otros alternativos, era incompatible con el carácter altamente cualificado del producto y su largo ciclo de producción. Los tribunales se dieron cuenta de que la cláusula no sólo nunca fue aplicada por las partes, sino que su utilización habría sido casi imposible, y con ella el comprador quedaba a merced del precio que le impusiera el productor. De estas SS. la doctrina ha concluido que la oferta concurrente es válida, pero exige atender al procedimiento concreto que establezca para comprobar que es realmente operativa y buscada en sí misma, y no un mero recurso formal que oponer a la pretensión de nulidad en caso de que ésta llegue a invocarse. El mismo criterio puede considerarse aplicable a las otras cláusulas de determinación del precio¹²⁸.

38. Igualmente, se ha considerado admisible la referencia al precio fijado por el proveedor o a un nuevo acuerdo sobre el precio cada cierto tiempo, siempre y cuando establezca otro *modo supletorio* para el caso de que llegue a haber oposición o desacuerdo. La fijación de un precio inicial hace posible que se pueda recurrir a él en caso de inadmisión de la cláusula prevista para su modificación posterior, evitando así la nulidad del contrato¹²⁹. La S. 21-2-95¹³⁰ admitió un contrato con precio revisable cada cuatro meses que en defecto de acuerdo establecía el anteriormente aplicado. La utilización de esta cláusula parece rápida, sencilla y barata, pero también insensible a las nuevas circunstancias y perjudicial para el proveedor.

39. En resumen, la situación en el momento inmediatamente anterior a la —por ahora— definitiva solución del conflicto, es decir, en diciembre de 1995, puede describirse como de aplicación rígida de la nulidad por indeterminación del precio, lo que provocaba una notable inestabilidad en los contratos de distribución, la proliferación de cláusulas meramente formales que permitieran escapar de la actuación del juez, y el empleo de la nulidad por indeterminación con fines distorsionados, ajenos a la función que le corresponde. De forma paralela y contradictoria, en los últimos años había surgido otra línea de sentencias que favorecían con su decisión la estabilidad del contrato con precio indeterminado, aunque sin mostrar oposición directa a la línea dominante. No es exagerado decir que la doctrina clamaba por una intervención del legislador o la jurisprudencia que unificara las respuestas de las Salas civil y comercial, proporcionara la suficiente seguridad jurídica y, a poder ser, también favoreciera la estabili-

¹²⁸ BARRET, «Vente», núm. 467. Sobre las cláusulas de determinación en general, *supra*, núm. 5.

¹²⁹ Com. 25 mai 1981 y CA Montpellier 4 janv. 1990, cit. por FERRIER, «La détermination», núm. 8.

¹³⁰ Com. 21 févr. 1995, *RTD com.*, 1995-4, pp. 833-34, comentario de BOULOC.

dad de los contratos ¹³¹. En cuanto al modo de llevar a cabo este último punto no había acuerdo, pero predominaba la opinión contraria a que se anularan los contratos marco sin precio determinado.

II. EL NUEVO CAMBIO JURISPRUDENCIAL: LAS SS. DE 29-11-94 Y 1-12-95

40. La situación anteriormente descrita ha cambiado radicalmente con las dos series de sentencias a las que se hizo referencia al comienzo de estas líneas: las SS. *Alcatel* de la Sala civil de 29-11-94, de forma embrionaria y todavía vacilante y, ya con seguridad y carácter definitivo, las SS. *del Pleno* de 1-12-96.

El supuesto de hecho en las dos sentencias de 29-11-1994 ¹³² era muy similar. Los dos contratos de alquiler y mantenimiento de instalación telefónica establecían en favor de la arrendadora (Alcatel) la exclusividad para realizar todas las modificaciones en la línea que solicitara la arrendataria, que darían lugar a la «revalorización del canon de alquiler, sobre la base de la tarifa en vigor» establecida por la primera. La jurisprudencia consolidada sobre esos contratos, en muchos de los cuales la misma compañía Alcatel ya había sido la parte condenada, entendía que la cláusula era nula por indeterminación del precio ¹³³. Así lo hizo también una de las sentencias de instancia, la S. TA Colmar 20-9-91, mientras que la otra, S. TA Besançon 19-2-92, declaraba válidos la referencia a la tarifa y el contrato. La Sala civil casó la primera de las sentencias y rechazó el recurso contra la segunda con razonamientos casi idénticos: «el contrato litigioso hacía referencia a una tarifa, de modo que el precio era determinable, y no se alegó que la sociedad Alcatel hubiera abusado de la exclusividad que le estaba reservada para incrementar su tarifa con el fin de obtener un beneficio ilegítimo, incumpliendo así su obligación de ejecutar el contrato de buena fe». Aunque sólo la primera fue publicada ofi-

¹³¹ «No se puede sino desear que el Tribunal de Casación persevere en el retorno a una mayor estabilidad de los contratos y menor uso de la anulación por defecto de objeto», BOULOC, *RTD com.*, 1995-4, p. 834; «Está permitido pedir respetuosamente que la Sala mercantil, y más ampliamente el Tribunal de Casación, tenga a bien formular en esta materia de la nulidad por indeterminación del precio, ciertamente compleja, pero de un interés práctico considerable, principios claros y desprovistos de contradicción», GHESTIN, *D.* 1993, p. 384; «la mayor parte de los autores denuncian su carácter irreal e incoherente y piden que se abandone [la exigencia del artículo 1129]», pues «se revela injustificada e inadecuada», y sería sustituida con mejores resultados por «una sanción puntual y proporcionada al abuso» efectivamente producido, AYNES, «Indétermination», pp. 25-26; «parece preferible admitir la exigencia de determinación del precio y buscar la flexibilidad de la jurisprudencia en su apreciación de la pertinencia del precio», FERRIER, «La détermination du prix», núm. 6; la jurisprudencia haría mejor en atender al abuso de la dependencia económica y al imperativo legal de la transparencia que a la indeterminación del precio, cfr. COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats*, núm. 148, etc.

¹³² Las referencias, en la nota 3 de este trabajo.

¹³³ P. ej., SS. de la Sala mercantil de 1-12-81, 9-6-87 (dos SS.) y 2-7-91, y de la civil 5-7-88, todas citadas anteriormente, *supra*, núm. 18.

cialmente, y es la más significativa por admitir la casación por violación de ley, las dos han sido reproducidas y comentadas de forma conjunta ¹³⁴.

41. La doctrina reconoció rápidamente que estas sentencias suponían un «considerable cambio» ¹³⁵. En primer lugar, admitían la remisión a la tarifa del vendedor, que pasaba de considerarse abusiva a presumirse legítima, a salvo de que se alegara –y, presumiblemente, se consiguiera probar– su carácter abusivo. Igualmente, la sanción de la indeterminación del precio dejaba de ser la nulidad absoluta. El diagnóstico del problema y su solución se desplazaban desde el momento de formación del contrato al de ejecución, que debía realizarse conforme a la exigencia de buena fe (artículo 1134.3 C.civ.). La doctrina más favorable al cambio confiaba en que la nueva orientación terminara definitivamente con un «contencioso irrealista y artificial» y el Derecho francés «se liberara definitivamente de una regla fundada sobre una interpretación discutible del artículo 1129 y, además, contraria a las exigencias del Derecho de la competencia» ¹³⁶. Además, los autores que hasta el momento se habían mostrado más conformes con la postura de la casación modificaron su postura. Así, Ghestin reprochó a la antigua jurisprudencia que hubiera abandonado su carácter originario de remedio protector y sobrevenido al aplicar la nulidad como absoluta y retroactiva, haciendo con ello que «el remedio fuera peor que la enfermedad» ¹³⁷. Las nuevas sentencias, que deberían aplicarse en todos los campos, tenían el mérito de colocar al Derecho francés junto a la mayoría de los de su entorno y facilitar su armonización ¹³⁸.

42. No obstante, permanecían algunos interrogantes. El más importante era la misma estabilidad de la nueva doctrina, sobre todo teniendo en cuenta que había sido pronunciada sólo por la Sala civil. Desde el primer momento se plantearon dudas sobre si la Sala mercantil, principal responsable de la jurisprudencia en la materia, respaldaría o se opondría a la doctrina civil plasmada en las SS. Alcatel, aunque parecía más probable esto último, dado que su pronunciamiento más cercano en el tiempo, la S. de 8-11-94, aplicaba con cierto rigor el artículo 1129 a una franquicia, declarando nula la determinación por una de las partes y negando incluso la posibilidad de confirmación del contrato ¹³⁹. Ante la posibilidad de una nueva ruptura, en este caso entre salas del Tribunal de Casación, algunas voces pidieron una doctrina conjunta de ambas dictada por una sala mixta o por el pleno ¹⁴⁰.

¹³⁴ Efectivamente, el *Bulletin civil* incluye tan sólo la primera de ellas (I, núm. 348). Sobre la publicación de las sentencias de la casación francesa, *vid. supra*, núm. 10 y nota 36.

¹³⁵ MALAURIE/AYNES, *Cours*, núm. 208 (nota 21) y núm. 837. También hacen referencia a su importancia los demás comentarios.

¹³⁶ MALAURIE/AYNES, *Cours*, núm. 837.

¹³⁷ GHESTIN, *JCP* 1995, núm. 11.

¹³⁸ GHESTIN, *JCP* 1995, núms. 16-20.

¹³⁹ MESTRE, en *RTD civ.*, 1995-2, pp. 359-60. GASTINEL también mostró sus dudas, *EBLR*, october 1995, pp. 240-41. BOULOC apuntó débilmente que la S. civil de 29-11-94 y la mercantil de 2-7-91 «no son radicalmente irreconciliables», lo que no le impidió pedir a renglón seguido la unificación de la jurisprudencia, *RTD com.*, 1995-2, p. 465.

¹⁴⁰ BOULOC. *ibid.*

Tampoco estaba claro el alcance que debía darse a la nueva doctrina. Aunque la mayoría la consideraba aplicable a todos los contratos, incluidos los bancarios ¹⁴¹, para Barret sólo sería válida la tarifa del vendedor –y no otras referencias– para los contratos complejos de distribución –no para las ventas simples–, siempre y cuando la tarifa no estableciera un «beneficio ilegítimo» ¹⁴², y dejando aparte los contratos de consumo, en los que la cláusula podría entenderse incluida en la categoría de las abusivas y considerarse como no escrita ¹⁴³.

La Sala civil, al declarar la validez del contrato *porque* no se había invocado que la ejecución hubiera sido abusiva, podía hacer pensar que la sanción del precio abusivo era la nulidad ¹⁴⁴, solución manifiestamente inadecuada, pues, como apuntaba Mestre, la correcta formación o no del contrato no puede depender del modo en que éste se ejecute ¹⁴⁵. El mismo autor proponía que en esos casos (es decir, cuando se entendiera que la tarifa del vendedor establecía un precio abusivo) se permitiera al juez *salvar* el contrato moderando su precio, de forma análoga a como puede hacer con la cláusula penal ¹⁴⁶.

43. Todo ello hizo que se pudiera decir que las SS. Alcatel, pese a su claridad, fueron interpretadas por unos como sentencias continuadoras mal motivadas y por otros como una duda respecto a la sanción que debería aplicarse ¹⁴⁷.

44. Las cuatro SS. de 1-12-95 ¹⁴⁸ proporcionaron la respuesta definitiva al largo debate. Para dictarlas se reunió el Pleno (*Assemblée Plénière*) del Tribunal de Casación. También vinieron precedidas de un importante informe del Fiscal Jeol, asumido y publicado con las sentencias, como ya había ocurrido con la S. 22-1-91. Hay acuerdo en que «por la amplitud de su ámbito y las modificaciones que aporta, este espectacular cambio de jurisprudencia es de una importancia excepcional» ¹⁴⁹.

Los cuatro pleitos eran bastante similares. En *Cofratel c. Bechtel*, la segunda contrató la instalación y mantenimiento telefónico en sus oficinas durante quince años a cargo de la primera, pero al poco tiempo cerró parte de sus locales, resolvió el contrato y, para evitar tener que pagar la cláusula penal establecida, solicitó la nulidad contractual por indeterminación del precio, que fue admitida por el TA en sentencia casada posteriormente. En *Soc. Montparnasse c. Alcatel* ocurrió algo parecido, pero la instancia,

¹⁴¹ Así, GHESTIN, *JCP* 1995, núm. 14.

¹⁴² BARRET, «Vente», §§ 488-89.

¹⁴³ Según el artículo L. 132-1 del Código del Consumo. Aunque a BARRET la sanción le parece «insuficiente, porque la desaparición de la cláusula del precio tiene por efecto privar a la venta de un elemento constitutivo. Por lo tanto, es la nulidad de todo el contrato lo que debería producirse ante la irregularidad de la cláusula del precio», en «Vente», § 491.

¹⁴⁴ BARRET mantuvo expresamente que, cuando la tarifa estableciera un «beneficio ilegítimo», «la nulidad del contrato parece imponerse», «Vente», § 491.

¹⁴⁵ *RTD civ.*, 1995-2, p. 359.

¹⁴⁶ *Ibid.* En el artículo 1231 *Code*, al que es muy similar nuestro 1154 Cc.

¹⁴⁷ AYNES, en *D.* 1996, p. 19.

¹⁴⁸ Las referencias, en la nota 4 de este trabajo.

¹⁴⁹ GHESTIN, *JCP* 1996.II.22565, núm. 1.

confirmada posteriormente, denegó la nulidad. En *Cie. Atlantique de téléphone c. Sumaco* fue la compañía telefónica quien demandó la resolución por impago del cliente, que reconvino la nulidad contractual porque estaba indeterminado el precio al que deberían pagarse las modificaciones de la línea en caso de que llegaran a producirse; la instancia admitió la nulidad en sentencia que fue posteriormente casada. Por último, en *Vassalli c. Gagnaire* un franquiciado cuestionaba la validez del contrato en el que se comprometía a emplear en su establecimiento exclusivamente los productos que su franquiciador le proporcionaría a precio de catálogo. El TA de Chambéry declaró la nulidad en sentencia que luego sería casada.

45. Por tanto, eran tres supuestos de alquiler y mantenimiento de línea telefónica y uno de franquicia, tres sentencias que casaban la de instancia y una que rechazaba la casación: cuatro casos en que el Pleno tomaba partido por la permanencia del contrato a pesar de la indeterminación de su precio. Aunque los supuestos concretos no son representativos de los muy variados en los que, como hemos visto, se aplica el artículo 1129, no hay dudas al afirmar que la nueva jurisprudencia se aplica a todos ellos. De las cuatro sentencias se pueden extraer tres afirmaciones complementarias entre sí¹⁵⁰:

– En primer lugar, los contratos marco de distribución no necesitan establecer un modo de fijación del precio para ser válidos, e incluso pueden guardar silencio sobre ese punto. Los conflictos que puedan surgir acerca del precio futuro son materia de ejecución contractual, y no de formación del contrato. La sanción aplicable en caso de incumplimiento o comportamiento abusivo tampoco provocará la nulidad del contrato, sino la posibilidad de que la parte perjudicada lo resuelva o exija una indemnización¹⁵¹.

– La *S. Vassalli* admite como válida la referencia a la tarifa futura de una de las partes¹⁵², y se ha dicho que va más allá y permite que una de ellas pueda quedar encargada de fijar el precio¹⁵³. Se deshace así la equiparación de lo unilateral y lo arbitrario. Naturalmente, si la fijación se hace de forma abusiva, la otra parte podrá pedir la resolución o una indemnización.

– La tercera y más radical solución es declarar inaplicable el artículo 1129 a la determinación del precio. Es decir, con palabras de Jeol, «a salvo de disposiciones legales particulares, la ausencia de fijación de pre-

¹⁵⁰ AYNES, D. 1996, p. 19.

¹⁵¹ Con esta medida se acaba con la práctica habitual de invocar problemas relativos a la determinación del precio para conseguir la anulación de un contrato buscada por otros motivos, *EBLR*, August-Sept. 1996, p. 194. Los mismos supuestos que dieron lugar a las SS. 1-12-95 son un buen ejemplo de ese empleo. *Infra*, núm. 55.

¹⁵² «Atendido que la cláusula de un contrato de franquicia que hace referencia a la tarifa en vigor del día de las peticiones (*commandes*) de aprovisionamiento no afecta a la validez del contrato, pues el abuso en la fijación del precio no da lugar más que a la resolución o a indemnización».

¹⁵³ AYNES, D. 1996, p. 19. Debe de extraerlo de la última afirmación de la S.: «Atendiendo a que para anular este contrato la sentencia afirma que (...) se trata de hecho de un baremo y que supone que la determinación del precio quede a la discreción del franquiciador; que al actuar así, el TA ha violado los textos citados».

cio en el momento de la conclusión de un contrato no afecta a su validez». Con razón se ha dicho que esto «borra de un plumazo toda la jurisprudencia sobre el artículo 1129 elaborada desde 1978»¹⁵⁴.

46. La nueva doctrina se aplica a contratos marco¹⁵⁵ o a los que requieran pedidos sucesivos, exista o no cláusula de exclusividad (pues el Pleno suprime la mención a esa cláusula, que todavía se invocaba como fundamento en las *SS. Alcatel*), siempre que el precio se refiera a la tarifa del suministrador o pueda ser fijado unilateralmente por una de las partes. Para las compraventas simples, sin embargo, el artículo 1591 sigue exigiendo la determinabilidad del precio. Si no se establece nada, habrá que distinguir si el defecto de precio es estructural, y por lo tanto provoca la nulidad por imposible ejecución del contrato, o si, como es más habitual, el precio es determinable por una de las partes y sólo hace falta proteger a la otra de una hipotética arbitrariedad. Para este caso, Ghestin sugiere que se puede mantener la tradicional anulabilidad de protección, siempre que no se olvide su carácter, o aplicarle el nuevo régimen de control de la determinación abusiva, solución que presenta la ventaja de unificar la respuesta jurídica a problemas similares¹⁵⁶.

47. Al contrario que la Sala civil en las *SS. Alcatel*, el Pleno se centra en la noción de *abuso* más que en la exigencia de buena fe, tal vez porque ello permite un mayor control casacional, ya que la buena fe está sometida a la apreciación soberana de la instancia¹⁵⁷. Los primeros comentaristas han apuntado algunos criterios interpretativos, en buena parte divergentes. Para Ghestin, este concepto equivale al tradicional *abuso de derecho civil*, «conformidad del empleo de un derecho subjetivo reconocido por el Derecho objetivo con la finalidad de dicho reconocimiento». Por ello, el control debe partir de la finalidad del poder concedido a una de las partes por el contrato según dos posibles vías: la del control de los motivos reales que han inspirado la fijación del precio, o la comparación con los usos del comercio y la referencia objetiva al precio de mercado, por la que parece decidirse¹⁵⁸. Por el contrario, para Aynes, además del abuso, que supone la conducta antijurídica, el juez deberá comprobar que concurren los requisitos habitualmente exigidos antes de apreciar la responsabilidad contractual (culpa, perjuicio y relación de causalidad), o los establecidos en el artículo 1184 C.civ. para admitir la resolución contractual¹⁵⁹. Pero las decisiones del Pleno no consagran que el juez pueda fijar el precio, pues su misión en

¹⁵⁴ GHESTIN, *JCP*, 1996, núm. 5.

¹⁵⁵ Categoría cuyo interés y estudio ha crecido mucho a raíz de las distintas aplicaciones de los artículos 1591 y 1129. *Vid.* POLLAUD-DULIAN/ROZANO, «Le contrat-cadre, par delà les paradoxes», en *RTD com.*, 1996-2, pp. 179-210. La definición que proponen estos autores es la de «acuerdo de base por el cual las partes fundan y organizan una corriente de negocios que implica, para ser llevada a cabo (mené a bien), la conclusión de una serie de contratos de aplicación», *cit.*, p. 179.

¹⁵⁶ GHESTIN, *JCP*, 1996, núm. 25.

¹⁵⁷ *Ibid.*, núm. 30.

¹⁵⁸ *Ibid.*, núms. 32-42.

¹⁵⁹ AYNES, *D.* 1996, p. 20.

este caso no es integrar un elemento de la relación comercial, como ocurre ante la falta de acuerdo en otros contratos, sino controlar la integración que lleve a cabo una de las partes. Tampoco imponen el precio justo en los contratos. Lo que se condena es el abuso en la arbitración, no la fijación de un precio excesivo. Por ello, el elemento de control no será el valor objetivo del bien, sino la lealtad de la práctica contractual. Las sentencias posteriores dirán si el Tribunal de Casación se inclina por un concepto de precio abusivo objetivo y ligado al precio de mercado, como parece proponer Ghestin, o por uno subjetivo y tal vez más restrictivo como sugiere Aynes.

48. Alguna voz crítica, como la de Jamin, ha apuntado que el antagonismo estructural entre distribuidores y proveedores no va a terminar sino, simplemente, a desplazarse. Para él, la mala fe como criterio para controlar la determinación del precio y los conceptos difícilmente limitables de «precios de competencia» y «beneficio ilegítimo» son una concesión a las exigencias del comercio internacional en contra del equilibrio de las partes y amenazan plantear más cuestiones de las que resuelven, invitar a que los distribuidores pleiteen y ser fuente inagotable de litigios ¹⁶⁰.

En cualquier caso, parece claro que este punto final es también otro comienzo, y que ahora le corresponde a la jurisprudencia ir formando los criterios con los que entender cuándo un precio es abusivo. Puede que se resuelva en una especie de inversión no escrita de la carga de la prueba, y que la presunción *iuris et de iure* de ilegitimidad de la arbitración del precio se trueque en una presunción *iuris tantum* de su legitimidad.

49. En cuanto a la sanción de la conducta abusiva, hay una fuerte apuesta por el mantenimiento del contrato. Antes, se protegía a una parte mediante la nulidad; ahora, el conflicto se desplaza al interior del contrato, sin cuestionar su validez. La Casación abandona la antigua nulidad, cuya aplicación extrema con efectos retroactivos parece haber sido una de las principales causas del rechazo generalizado que suscitaba la jurisprudencia ¹⁶¹, y considera aplicable la resolución o la indemnización. En francés hay dos palabras distintas para referirse a la resolución: *résolution* y *résiliation*. En principio, la primera tiene efectos retroactivos y la segunda no, pero la jurisprudencia no siempre la había empleado de forma precisa. Ahora, el Pleno retoma y consagra la diferencia, estableciendo que a los casos que nos ocupan les es aplicable sólo la *résiliation* ¹⁶². Así se termina con los efectos retroactivos concedidos anteriormente, incluso con los que se aplicaban de forma limitada ¹⁶³. Una última

¹⁶⁰ En la reseña a la tesis de David BOULANGER *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats engendrant vente de marchandises* publicada en *RTD civ.*, 1995-2, pp. 468-69. Todavía no se habían dictado las SS. de 1995, pero me parece que su comentario también se podría haber referido a ellas.

¹⁶¹ GHESTIN, que también parece haber sido influido por eso, lo refleja en *JCP*, 1996, II, 22565, núms. 3 y 46.

¹⁶² *Ibid.*, núm. 46.

¹⁶³ En Derecho francés se admiten los efectos retroactivos de la resolución para los contratos de ejecución sucesiva. Su aplicación, sin embargo, venía mitigada por el momento al que se retrotraían, que en ocasiones era el de los hechos que justificaban la resolución y en otras el de la sentencia o el de la interposición de la demanda. GHESTIN, *ibid.*, núm. 47.

duda planteada al hilo de las nuevas sentencias es si el momento a partir del cual se concederán los efectos será el del abuso o el de la demanda.

III. ALGUNAS OBSERVACIONES

50. Pese al carácter principalmente expositivo de este trabajo, tal vez se puedan hacer algunas observaciones. Las sentencias citadas pueden sorprender por la amplia autonomía de los jueces que muestran en un sistema en teoría tan antijurisprudencial y «ultralegalista» como el francés¹⁶⁴. Sin embargo, la importancia de la jurisprudencia en Francia es hoy indiscutible, más aún en el Derecho de obligaciones, que Jestaz¹⁶⁵ ha considerado «esencialmente jurisprudencial» por la pervivencia sin reformar del *Code*, y pese a que los tribunales siempre lo citen como fundamento de sus decisiones, aunque sea para incumplirlo. Este desplazamiento del polo de la ley al de la jurisprudencia, «fuente de la eterna juventud» inevitable para los códigos entrados en años, puede provocar también malentendidos. Creo que a lo largo de estas páginas se han puesto de manifiesto algunos.

51. Tal vez las sentencias «de gasolineras» de principios de los años 70, que marcan un punto de inflexión y el comienzo de un paréntesis peculiar respecto al Derecho comparado y al de la misma Francia, sean fruto de la tradicional reticencia del Derecho francés a que los jueces intervengan en el contrato –o, al menos, a reconocerlo– y la distorsión producida cuando dicha intervención se muestra necesaria. El conflicto presenta un clásico problema de relaciones entre la norma administrativa reguladora de precios y los contratos

¹⁶⁴ El calificativo de «ultralegalista» lo aplica JESTAZ, «Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre», *RTD civ.*, 1996-2, p. 305. Al debatir el proyecto de la ley que instituiría el Tribunal de Casación, ROBESPIERRE aseguró que aquel tribunal no tendría más jurisprudencia que la ley, pues la ley expresa la voluntad general y la jurisprudencia el poder de la casta de los jueces (DÍEZ-PICAZO, «Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, 1992-2, pp. 475-76). Con ello era fiel a una mentalidad que aún hoy sigue debiendo mucho a MONTESQUIEU. Creo que la configuración de la casación francesa se entiende mejor a la luz de algunos textos de *De l'esprit des lois* (la edición manejada es la de Garnier, Paris, 1949, 2 vols.). Allí se puede leer que los jueces «no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor» (XI, 6). «En los Estados despóticos no hay ley: el juez es su propia regla. En los Estados monárquicos hay una ley: si es precisa, el juez la sigue; si no lo es, sigue su espíritu. En el gobierno republicano pertenece a la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley» (VI, 3). «En las monarquías, los jueces actúan al modo de los árbitros: se reúnen, intercambian opiniones, se ponen de acuerdo (...) Nada de esto ocurre en la república. En Roma y las ciudades griegas los jueces no se comunicaban: cada uno sentenciaba de uno de estos tres modos: *Absuelvo*, *Condeno*, *No está claro*, porque era el pueblo quien juzgaba o quien se entendía que juzgaba, y el pueblo no es jurisconsulto. Las facultades moderadoras y el carácter de los árbitros no le son propios; hace falta presentarle un solo objeto, un hecho, y un solo hecho, y que no tenga más que ver si debe condenar, absolver o remitir el juicio» (VI, 4).

¹⁶⁵ JESTAZ, «Les sources»; especialmente, pp. 305-10.

sometidos a ella, especialmente cuando sobreviene una desregulación no prevista por las partes. Si sólo se tratara de eso, la referencia al precio habitual del proveedor habría podido bastar para solventar la indeterminación¹⁶⁶ y, en cualquier caso, la tendencia liberalizadora de los precios, completada en Francia con la Ordenanza de 1-12-1986, habría condenado a muerte al problema; pero no fue así. La reticencia de los tribunales a admitir que una de las partes pudiera fijar el precio, aunque éste fuera el habitual y pudiera compararse con los alternativos que ofrecía el mercado para ver si debía considerarse abusivo, guarda relación con la incompreensión y hasta el rechazo de los jueces hacia el mismo mercado como mecanismo regulador neutral de los precios. Collart Dutilleul y Delebecque ya habían pronosticado la evolución que ahora se ha completado de la jurisprudencia, porque ésta «no podrá evitar la idea de que “los precios de bienes, productos y servicios... son libremente determinados por el juego de la competencia”»¹⁶⁷.

52. La fundamentación oficial que se le reconoció a aquellas sentencias anuladoras era formalista y poco acorde con el realismo de la solución que adoptaban. Por ejemplo, es extraño que no se concediera relevancia al precio concreto que fijaron los productores y que la intención de proteger a la parte débil, tan clara en la mente del Tribunal, no se continuara en cierto interés por comprobar si ésta necesitaba y merecía realmente la protección¹⁶⁸. Tampoco Ghestin se planteó qué criterios deberían cumplirse para entender que una parte necesitaba protección frente a la decisión de la otra. Al prescindir de esa pregunta, su nulidad de protección se convertía, además, en una presunción *iuris et de iure* de que una de las partes, la poderosa, estaba abusando con su conducta.

53. Sin embargo, sería interesante preguntarse si las sentencias anuladoras, más allá de las explicaciones que ofrecían, eran en realidad un expediente de justicia empleado por el tribunal tras comprobar que el precio fijado por los proveedores era abusivo. Hasta donde podemos saberlo, ni los demandantes lo invocaron, ni los tribunales lo analizaron expresamente o lo reconocieron como fundamento de su fallo, pero parece que su decisión de anular tenía mucho que ver con que los proveedores siguieran pagando a los *pompistes* exclusivos los precios anteriores, cuando en el libre mercado ellos mismos estaban cobrando mucho menos, lo que parece contrario a la buena fe exigible en un contrato de colaboración como el que los unía¹⁶⁹. Esto llevaba a entender que el término de comparación para evaluar la admisibilidad de los pre-

¹⁶⁶ Ya en la *S. Strauch c. Calmes* de 5-11-71 quedó claro que el problema era otro, pues el contrato contenía una referencia a la tarifa del proveedor —que reproducía la del Comité del petróleo— para el caso de que se modificara la norma que establecía el precio.

¹⁶⁷ COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats*, núms. 148 y 144. La frase que entrecomillan está sacada del artículo 1 de la Ordenanza de 1-12-86.

¹⁶⁸ En la misma línea y sentido parecido, JAMIN reprocha a los críticos a la jurisprudencia anuladora que no aporten nunca la demostración económica de lo que mantienen, *RTD civ.*, 1996-2, p. 520.

¹⁶⁹ *Vid.* los datos relativos a los precios *supra*, núm. 11.

cios de los proveedores debían ser los nuevos precios libres en lugar de los antiguos resultantes de la norma administrativa derogada. Aunque sólo sea una especulación, es razonable pensar que, si los precios fijados por el Comité Profesional hubieran estado más cerca de los aplicados en el mercado libre, las anulaciones no se habrían producido.

54. Entendida así, como un expediente de justicia que protegía a los distribuidores exclusivos de permanecer en una situación notablemente inferior respecto a los no exclusivos, aunque no respecto a la que habían tenido ellos mismos antes del nuevo Decreto, la solución de 1971 se puede considerar acertada, e incluso anticipadora de la adoptada finalmente en 1994 y 1995, que no emplea como criterio para la intervención del juez la indeterminación inicial, sino el abuso en la fijación posterior del precio. Pero si la situación concreta exigía proteger a una parte, tal vez debería haberse reconocido de un modo más claro en lugar de invocar una presunta exigencia dogmática abstracta como la indeterminación, cuya posterior aplicación a otros casos en que no concurría la necesidad de justicia ocasionaría luego buena parte de los problemas provocados por la aplicación de los artículos 1129 y 1591.

55. Efectivamente, uno de los mayores inconvenientes de la aplicación rígida del artículo 1129, ampliada con carácter general a todos los contratos, es que las partes hacían uso de una nulidad fácilmente conseguible con propósitos que nada tenían que ver con la finalidad buscada por la norma y por los jueces que la aplicaban. En buena parte de los casos la pretendida indeterminación no abarcaba todo el precio del contrato, sino sólo alguna cláusula accesoria o prestación secundaria¹⁷⁰. A veces las demandas de nulidad tenían lugar cuando la formación del precio no estaba causando ningún problema¹⁷¹, pero la parte demandante quería romper el contrato por otros motivos, como eludir el cumplimiento de una obligación post-contractual de no competencia¹⁷². Otras, la demanda de nulidad no era sino el modo en que el incumplidor del contrato pretendía evitar su condena en juicio o el pago de la cláusula penal¹⁷³, incluso para liberarse de pasivo y vincular a la otra parte en el procedimiento de la propia liquidación concursal¹⁷⁴. Más claro queda cuando quien pedía la nulidad era, precisamente, la parte en cuyo poder estaba la fijación del precio¹⁷⁵. En estos últimos casos la demanda era,

¹⁷⁰ Así los contratos de alquiler de línea telefónica, donde la referencia a la tarifa era sólo para la ampliación o el arreglo de la línea contratada.

¹⁷¹ Hasta donde podemos conocer los hechos, no se ve el problema en las SS. 30-11-93, 23-5-95 ni, en general, en las SS. citadas en las líneas siguientes.

¹⁷² GASTINEL, en *EBLR*, 1996, 7, 8-9, p. 194.

¹⁷³ P. ej., SS. 22-1-91, 30-11-93, tres de 1-12-95.

¹⁷⁴ S. AP París 2-5-86.

¹⁷⁵ P. ej., SS. 22-1-91 y 23-2-93. En la S. TA Grenoble 12-3-69 (comentada por HEMARD en *RTD com.*, 1970, pp. 763-64) era el distribuidor que pedía la nulidad el que fijaba el precio al que compraba los carburantes, y el tribunal concedió la nulidad, pero, al ser imputable a las dos partes, no concedió indemnización, y remitió la liquidación de las relaciones de hecho surgidas al acuerdo amigable o la vía judicial. GHESTIN discute, con razón, el acierto de la sentencia («L'indétermination du prix», núm. 27).

naturalmente, rechazada, pero sin aclarar el porqué: la institución anuladora está basada en la defensa de la parte débil, cuando ésta es merecedora de protección.

56. Todo esto lleva a pensar que el problema que se cuestionaba no era, en realidad, la determinación o indeterminación del precio, y que la nulidad por indeterminación era más un medio jurídico para anular contratos atacables por otros motivos que un fin en sí misma¹⁷⁶. Este empleo indirecto de la nulidad por indeterminación coincidiría con lo observado en Italia y España¹⁷⁷, y las sentencias del Pleno parecen confirmarlo al considerar la indeterminación inicial irrelevante para la validez. La diferencia está en que los otros Derechos siempre conservan el sentido protector de la indeterminación. Apenas muestran sentencias que anulen un contrato por indeterminación, y cuando eso ocurre nunca es por la misma indeterminación, sino con una finalidad protectora concreta. Por el contrario, parece que la jurisprudencia francesa anterior a 1994 se «tomó en serio» el argumento de la indeterminación y aplicó la nulidad aunque no hubiera necesidad concreta de proteger a una parte del abuso de la otra. Tal vez, si los tribunales hubieran tenido más en cuenta el sentido de la nulidad-protección y lo hubieran reconocido como el auténtico fundamento de buena parte de lo que decidían, el conflicto suscitado por la aplicación de los artículos 1129 y 1591 hubiera sido más diáfano y menos problemático. Por lo visto, aunque el Derecho francés necesita, como todos los demás, ser renovado por vía judicial, el peso legalista de su tradición jurídica convierte esta tarea en algo más bien complicado.

Lo anterior explicaría las sentencias anuladoras que parecen más discutibles¹⁷⁸. En cuanto a las demás, para Frison-Roche confirman que el auténtico contenido que la jurisprudencia concedía a la nulidad por indeterminación del precio es el control de la equivalencia de las prestaciones: «es la correspondencia entre el precio y su contraprestación la que se exige bajo pena de nulidad»¹⁷⁹. Según entiendo, esto no significa que los tribunales franceses exigieran siempre un «precio justo», sino que consideraron la falta de equivalencia como elemento para calibrar la existencia de abuso en la fijación del precio realizada por una de las partes y emplearon la nulidad por indeterminación como argumento para atacar dicho abuso. Desde este punto de vista, las sentencias de 1994-95 no parecen brusca ruptura, sino rectificación del rumbo y clave para entender el fundamento de las anteriores, expli-

¹⁷⁶ FRISON-ROCHE, «L'indétermination», núm. 40.

¹⁷⁷ La nulidad por indeterminación de la prestación parece en ocasiones un cajón de sastre para anular contratos por otros motivos cuando no se encuentra una vía específica más adecuada. Para Italia, *vid.* ROPPO, «Sugli usi giudiziali della categoria "indeterminata/indeterminabilità dell' oggetto del contratto", e su una sua recente applicazione a tutela di "contraente deboli"», en ALPA/BESSONE/ROPPA, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1982, p. 129. Para España se puede decir algo parecido, *infra*, núm. 62.

¹⁷⁸ Cfr. núm. 55.

¹⁷⁹ «L'indétermination», núm. 40.

tando el objetivo buscado y aplicando con más coherencia los medios para lograrlo.

57. La novedad de las SS. de 1994-95 va más allá de la determinación del precio, y también puede relacionarse con una evolución más amplia del Derecho de contratos francés en lo que tiene de conceder más autonomía al juez, valorar el abuso contractual, proteger la pervivencia del contrato hasta donde sea posible y centrar el control jurídico en su ejecución¹⁸⁰.

58. Puede servir como ejemplo una jurisprudencia relacionada con la que se ha expuesto en estas líneas: la referida a la actuación del juez cuando las partes no designan al perito que ha de fijar el precio¹⁸¹. Las primeras SS. posteriores al *Code* permitían que el juez procediera al nombramiento. Posteriormente, en un largo período del s. XIX se entendió que eso era una intervención inadmisibile del juez aun en el caso en que las partes le hubieran habilitado para ello, y se anuló el contrato que lo hiciera por equiparación con el que incorporaba una condición potestativa. Hoy la solución es intermedia y, aunque el juez no interviene en el nombramiento, sí se concede indemnización por incumplimiento contra la parte que se niega a nombrar, con lo que se evita que la nulidad por indeterminación ocasione una ventaja al que incumple¹⁸².

59. Estas tendencias se pueden detectar igualmente en la nueva ley francesa sobre cláusulas abusivas de 1 de febrero de 1995, que transpone la Directiva comunitaria de 5 de abril de 1993 y modifica el llamado Código de Consumo¹⁸³. Su proceso de formación muestra el peso de una jurisprudencia adelantada a la ley y la transición de un tribunal no valorador a otro con cierto poder autónomo, sin que la doctrina haya mostrado preocupación por ello¹⁸⁴. También la solución adoptada se centra en el concepto de cláusula abusiva, definida como «la que tiene por objeto o

¹⁸⁰ Se ha dicho que ésta es una de las características del moderno Derecho de contratos, para el que lo decisivo es buscar soluciones prácticas centradas en el momento y modalidades de la ejecución. Del *Code* se puede decir, como de nuestro Cc, que «dispone la tutela del área del contrato alrededor de su origen, la formación del consentimiento», pero «no tutela satisfactoriamente la tarea de ejecución», DORAL-GARCÍA, «Orientaciones actuales sobre el futuro del contrato», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, VI, p. 138.

¹⁸¹ Artículo 1592 C.civ. *Vid.* su texto *supra*, núm. 4.

¹⁸² ALPA, «Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell' oggetto del contratto», en ALPA/BESSONE/ROPPO, *Rischio contrattuale*, pp. 92-93, nota 5 bis.

¹⁸³ Este Código de Consumo (*Code de la consommation*), «a pesar de su nombre, no es un código en sentido estricto, sino una compilación o reunión de diferentes textos legales que sólo tienen en común su finalidad de protección de los consumidores», LETE ACHIRICA, «La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho francés: la ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos», en *La Ley*, núm. 3974, 14-2-96, pp. 1-8. La cita, en la p. 2.

¹⁸⁴ Como dice LETE ACHIRICA, «la antigua ley de 1978 había relegado a los tribunales a la función de declarar no escritas aquellas cláusulas previamente prohibidas por decreto sin poder apreciar directamente su carácter abusivo». Aunque la reforma del 95 no lo indica expresamente, se ha afirmado que su finalidad es «atribuir al juez la tarea principal de eliminar de los contratos las cláusulas abusivas», LETE ACHIRICA, «La transposición», pp. 2-3.

por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato» (art. 132-1 párrafo 1.º C.Con.). Conforme a la técnica comunitaria del Derecho de consumidores, se incluye un anexo con una «lista gris» indicativa y no exhaustiva de cláusulas habituales que podrán ser consideradas abusivas, aunque se desvía de la Directiva al añadir que «el demandante no está dispensado de aportar la prueba del carácter abusivo de esa cláusula»¹⁸⁵. El carácter abusivo puede ser apreciado en el momento de la celebración del contrato o, de forma más cercana a la nueva solución propuesta para los contratos marco, «respecto a las [cláusulas] contenidas en otro contrato, cuando la celebración o la ejecución de los dos contratos dependan jurídicamente la una de la otra» (art. L.132-1 párr. 5.º C.Con.); y su declaración ocasionará la ineficacia de la cláusula declarada abusiva y la nulidad parcial del contrato, que «seguirá siendo aplicable en todas sus disposiciones distintas de las abusivas, si puede subsistir sin esas cláusulas» (art. L.132-1 párr. 8.º C.Con.). Los Derechos del consumo y comunitario se muestran aquí como fuentes renovadoras de principios e instituciones¹⁸⁶.

IV. CONSIDERACIONES DE DERECHO ESPAÑOL

60. En España partimos de unas normas y principios muy similares a los del *Code français*¹⁸⁷. Sin embargo, su aplicación apenas ha provoca-

¹⁸⁵ Como indica LETE ACHIRICA, imponer la carga de la prueba al demandante en presencia de una «cláusula gris» es casi privar de valor jurídico a dicha lista y, al hacerlo así, la norma francesa está siendo infiel a la letra y al espíritu de la directiva que transpone, «La transposición», pp. 3-4.

¹⁸⁶ También podrá decirse algo parecido respecto a España, *infra* núm. 62.

¹⁸⁷ Los artículos del *Code* citados *supra* han originado otros equivalentes en nuestro Cc. Así, el 1129 II C.civ.: «La cantidad de la cosa puede ser incierta, siempre que pueda ser determinada» está en el origen del 1273 CC: «(...) La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo acuerdo entre los contratantes». El 1174 C. Civ.: «Toda obligación es nula en la medida en que esté sometida a una condición potestativa de la parte obligada» dio origen primero al 1256: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» y, posteriormente, al 1115: «Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula (...)» (sobre esta curiosa duplicidad, su explicación y consecuencias, *vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Servicio de Publicaciones de la U. de Navarra, Pamplona, 1989, pp. 28-38). Por último, los artículos del *Code* que regulan la exigencia de precio en la compraventa, 1591: «El precio de la venta debe ser determinado y designado por las partes» y 1592: «Sin embargo, puede dejarse a arbitraje de un tercero; si el tercero no quiere o no puede hacer la estimación, no habrá venta» estuvieron en el origen del 1447 CC: «Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato». A ellos hay que añadir dos sin equivalente francés: el 1448, que amplía los «precios ciertos» admitidos por el artículo 1447, y el 1449, corolario del ya citado 1256, por el que se podría pensar que nuestro Derecho debería ser más restrictivo en este punto que aquél: «El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

do conflictos, éstos se han producido en sectores distintos de los contratos de distribución, y la respuesta proporcionada por el sistema para afrontarlos ha sido en buena parte divergente de la francesa¹⁸⁸. Por todo ello, se puede decir que no hay una jurisprudencia paralela o comparable a la francesa sobre la indeterminación del precio en contratos de distribución. Pero sí se pueden hacer algunas observaciones sobre el «precio cierto» en Derecho español¹⁸⁹.

61. En cuanto a la posibilidad de remitir el precio a la tarifa del vendedor o dejarlo para ser fijado por una de las partes, cuando el Código prohíbe el arbitrio está pensando en la arbitrariedad o *arbitrium merum*, es decir, en la «libre voluntad sin cortapisas»¹⁹⁰ incontrolable, y no en la arbitración o *arbitrium boni viri*, conforme a la buena fe, razonable, controlable e infungible¹⁹¹. Hace ya tiempo que Díez-Picazo puso de manifiesto que la segunda se utiliza en la práctica sin causar demasiados problemas y debe considerarse permitida en nuestro Derecho¹⁹². Del mismo modo, la remisión al precio habitual del vendedor es práctica frecuente y no ha de considerarse prohibida necesariamente por el artículo 1449 Cc¹⁹³. Las lagunas del contrato no provocan su nulidad, sino su integración conforme al artículo 1258 Cc, y lo mismo puede decirse cuando contiene cláusulas abusivas.

62. La auténtica medida en que se exige el «precio cierto» en España viene dada por su exigencia jurisprudencial. Tras analizar las sentencias en las que el TS anula o confirma la nulidad del contrato por falta de determinación del precio¹⁹⁴, integra la indeterminación pese a encontrarse con un precio indeterminado¹⁹⁵ o considera válido el contrato pese a que devenga inaplicable el precio fijado por las partes¹⁹⁶, acaso se pueda afirmar que la indeterminación inicial del precio no es un problema relevante para la pervivencia del contrato.

¹⁸⁸ Lo que nos hace recordar la sugerente y ambiciosa propuesta de DORAL GARCÍA, todavía por hacer, de estudiar las distintas soluciones que han ido proporcionando a lo largo del tiempo ambos sistemas para los más de 200 artículos del CC que se copiaron literalmente del *Code* y sus equivalentes franceses.

¹⁸⁹ Para todo esto remito a mi tesis doctoral, en curso de elaboración.

¹⁹⁰ GARCÍA CANTERO, *Comentarios al CC*, Edersa, Madrid, 1980, XIX, p. 57.

¹⁹¹ VALPUESTA GASTAMINZA, *cit.*, pp. 258-61.

¹⁹² Parece que a lo largo de los años el profesor DÍEZ-PICAZO ha ido acercándose cada vez más a considerar válida de *lege lata* la arbitración de una de las partes. Véanse *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 102-106, donde, siguiendo a PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (*Anotaciones a ENNECERUS, Tratado de derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1933, II-1, p. 29), lo consideraba inadmisibles pero abogaba por su admisión de *lege ferenda*; *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial* (Civitas, Madrid, 4.ª ed., 1993, I, p. 213), donde no se pronuncia claramente contra la admisibilidad actual; y «La formación del contrato» (*ADC*, 1995, pp. 8-10), donde parece mucho más favorable a admitirlo como vigente.

¹⁹³ GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, p. 59.

¹⁹⁴ SS. TS 9-3-1866; 25-6-1887; 18-5-1908; 26-1-1922; 4-5-23; 30-12-24; 25-5-26; 3-12-28; 13-12-35; 17-10-61; 23-11-62; 30-12-80; 26-4-82; 26-10-84; 9-3-85; 24-1-91; 15-2-93; AP Valencia 1-1-95 y AP Lleida 13-2-95.

¹⁹⁵ SS. TS 28-4-61; 30-3-70; 28-6-74; 23-11-76; 18-10-78; AP Lleida 2-10-95.

¹⁹⁶ SS. TS 7-7-52; 3-1-79; 7-3-83; 21-3-89.

Las sentencias que *invocan* indeterminación del precio para anular una compraventa son muy pocas en términos absolutos, y menos aún si se compara esa cifra con la de las nulidades provocadas por cualquier otro motivo. Pero son muchas menos aún las que *realmente anulan por causa* de indeterminación del precio. Los contratos anulados no tienen el precio tan indeterminado como para provocar la nulidad. Bastantes, hasta donde permite conocerlos la lectura de la sentencia, lo tienen perfectamente fijado, y el de otros podría ser determinado según criterios más o menos objetivos¹⁹⁷. Pero el TS nunca anula sin motivos. Todos los contratos anulados tienen alguna (y, a veces, más de una) importante carencia, con frecuencia más difícil de solucionar que la mera falta de determinación del precio. La nulidad por indeterminación del precio se utiliza para otros fines distintos de los que parecerían serle propios; o, mejor dicho, esta utilización está mostrando que la auténtica función de dicha nulidad no es exigir la determinación del precio *ex ante*, sino otra distinta que varía en cada caso, principalmente actuar como indicio de falta de voluntad contractual o proteger a una de las partes frente a la actuación abusiva o de mala fe de la otra¹⁹⁸.

63. En principio, la falta de equivalencia de las prestaciones no tiene relevancia en la decisión judicial cuando sólo están en juego relaciones *inter partes*, aunque sí puede tenerlas en sus efectos frente a terceros¹⁹⁹. Pero el Derecho del consumo ha introducido la posibilidad de plantear el carácter abusivo de las cláusulas, entre ellas las de precio, que «comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios» [art. 10.1.c) 3.º LCU], que deberán tenerse por no puestas (art. 10.4 LCU). Por esta vía, los tribunales están aplicando sin problemas la nulidad parcial del precio e integrándolo cuando ello es necesario para la pervivencia del contrato²⁰⁰.

64. En materia de suministros se admite que la cantidad por suministrar ha de ser fijada de buena fe por el suministrado, dentro de los márgenes razonablemente previsibles y conforme a sus propias necesidades, conceptos estos que no son arbitrarios, sino perfectamente controlables por el juez. También se admite y usa con frecuencia el precio referido al habitual del suministrador en el momento de la entrega²⁰¹. Los efectos

¹⁹⁷ P. ej., SS. TS 9-3-1866; 26-1-1922; 4-5-23; 25-5-26; 13-12-35; 17-10-61; 30-12-80; 26-4-82; 26-10-84; 9-3-85.

¹⁹⁸ Conclusiones cercanas a las que han apuntado ROPPO para el Derecho italiano y FRISON-ROCHE para el francés, *vid. supra*, núm. 56, aunque este uso indirecto de la nulidad por indeterminación parece empleado por los tribunales de los tres países de forma y con fines levemente diferentes.

¹⁹⁹ ARECHEDERRA ARANZADI, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho privado*, Montecorvo, Madrid, 1978.

²⁰⁰ P. ej., la S. AP Baleares 14-7-94 y su comentario por GÓMEZ DÍEZ en *Poder Judicial*, 37, 1995, pp. 371-79. En ese caso se establecía un interés de demora del 5 por 100 mensual (60 por 100 anual) que el tribunal consideró «especialmente desproporcionado» y sustituyó por el convencional establecido con carácter retributivo.

²⁰¹ El «suministro a necesidad», ya en GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. RDP, Madrid, 1963, III-1, pp. 420-21. El resto, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ,

del incumplimiento o la resolución no son retroactivos en el caso del suministro, y sí, en teoría, en la compraventa de ejecución fraccionada; pero, de hecho, la jurisprudencia tampoco aplica a ésta la retroactividad cuando la entrega cumplió el interés económico del contrato²⁰².

65. Durante mucho tiempo, y para algunos sectores, la remisión a la tarifa de una parte no ha provocado problemas porque se trataba de una empresa estatal monopolista (Telefónica o CAMPSA) o dichos precios estaban autorizados administrativamente (como los de la energía eléctrica o las tarifas bancarias), lo que ocasionaba que el juez no entrara a cuestionar si el precio era o no abusivo²⁰³. Sin embargo, cuando el precio es resultado de unas condiciones generales aprobadas administrativamente, eso no impide que los tribunales controlen su contenido²⁰⁴. Cabe preguntarse si la liberalización de estos sectores y sus precios, tantas veces sometidos a tarifa del proveedor, va a aumentar la litigiosidad en la materia o a cuestionar ese modo de fijación del precio; pero no tiene que ocurrir así necesariamente. En muchos otros contratos las tarifas carecen de control oficial, sin que eso lleve a cuestionarlas ante los tribunales.

66. En cuanto a las franquicias, y especialmente las de producto, que son las más cercanas a los contratos de distribución, parece que el conflicto francés acerca de los precios es un caso particular. En otros países, entre ellos España, el contrato marco también suele remitir el precio a la tarifa del franquiciador o sus proveedores autorizados, y aunque está claro que esta sujeción no lo es al mercado, sino a sus propias necesidades, no es una fuente especial de conflictos²⁰⁵. La escasa jurisprudencia española no se corresponde todavía con la tasa de crecimiento de las franquicias, y por el momento no ha tenido que pronunciarse al respecto.

67. Por lo que se refiere al control de la fijación de intereses bancarios en los préstamos de interés variable, el sistema español actual establece la libertad inicial del banco completada por diversas obligaciones de comunicación administrativa, transparencia informativa, en algunos casos, la intervención del corredor colegiado o notario, y siempre con la posibili-

El contrato de suministro, Montecorvo, Madrid, 1992, especialmente en pp. 50-64, donde recoge la jurisprudencia y doctrina.

²⁰² FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *Suministro*, pp. 128-152.

²⁰³ P. ej., la muy comentada STS 28-4-61, donde el TS da por buena la integración judicial del precio empleando criterios administrativos en un suministro de energía eléctrica realizado a lo largo de varios años sin que las partes hubieran llegado a acordar el precio (BADENES GASSET, *La compraventa*, I, pp. 244-5; Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tecnos, Madrid, 3.ª ed., 1981, II, pp. 35-38; GARCÍA CANTERO, *Comentarios Edersa*, XIX, p. 55, nota 44). Las SS. AP Madrid de 28-5-91, 22-4-92 y 15-9-92, surgidas a raíz de unas compensaciones unilaterales efectuadas por CAMPSA frente a distintas compañías petrolíferas, ponen de manifiesto que el precio en estos contratos civiles «puede ser lícito o abusivo, pero lo es en virtud de un acto acordado por un organismo público en cumplimiento de un régimen oficial de contratación» (S. AP Madrid, 28-5-91). Comentadas por RON MARTÍN en *RGD*, 588, 1993-9, pp. 8185-8199.

²⁰⁴ Otra cosa sería una convalidación del abuso. *Vid.* la S. AP Baleares 14-7-94 y su comentario por GÓMEZ Díez, en *Poder Judicial*, 37, 1995, p. 378.

²⁰⁵ Ni en el terreno contencioso ni en el más difuso de las reclamaciones y expectativas de los franquiciados.

dad de posterior reclamación. La doctrina considera abusivo someter el tipo de referencia al interés preferencial de la entidad prestamista o incluso al promedio de tipos preferenciales en los que esté incluida ésta, por faltarle la nota de neutralidad e incurrir en las prohibiciones de los artículos 1256 y 1449 Cc²⁰⁶. Aunque probablemente la protesta esté justificada, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de extremar la protección al consumidor en su relación con los bancos y las muchas cláusulas abusivas que presentan habitualmente las pólizas bancarias, todavía sin adaptar al nuevo Derecho de protección a los consumidores²⁰⁷, me parece que la referencia al tipo preferencial de una entidad es equiparable al precio habitual de una de las partes, no deja a una parte en manos de la conducta arbitraria del otro, no es contrario a nuestro Derecho y podría admitirse, aunque sometido al control posterior por si éste resultara abusivo.

68. Por último, la reacción frente al cambio en la fijación administrativa de precios reflejada en el asunto de los distribuidores de gasolina franceses de los años 70 puede recordar en cierto modo a un pequeño grupo de sentencias españolas nacidas al abrigo del cambio jurisprudencial que dejó de apreciar la nulidad parcial y reducción del precio para las compraventas de viviendas de protección oficial con precio superior al máximo fijado administrativamente; más en concreto, a aquellos contratos con precio remitido al máximo administrativo y anulados por los tribunales considerando que había indeterminación del precio²⁰⁸. En ambos casos, un sector relevante de la contratación descansaba en la imperatividad de un precio máximo fijado por norma administrativa, el tribunal se cuestionaba la pervivencia del consentimiento contractual y la determinabilidad del precio una vez modificada la norma en ese punto, y la respuesta fue declarar la ineficacia del contrato. Pero las diferencias son relevantes, y todas justifican más la postura francesa que la española²⁰⁹.

²⁰⁶ SEGURA ZURANO, «Los préstamos y el interés variable», en *RDN*, 139, 1988, pp. 339-63 y RAPOSO FERNÁNDEZ, «Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios», en *La Ley*, núm. 4169, 19-11-96, p. 6. El interés variable requiere la determinación de los períodos de interés (diario, mensual, etc.) y el interés de cada período, formado con la suma del tipo de referencia (que ha de ser público, objetivo y neutral) más el diferencial (una diferencia en puntos respecto al primero). El problema mencionado en el texto se plantea sólo respecto al tipo de referencia.

²⁰⁷ Como muestra cumplidamente RAPOSO FERNÁNDEZ, cit.

²⁰⁸ P. ej., S. AP Valencia 1-1-95, y mi comentario en *Poder Judicial*, 39, 1995, pp. 487-96. Naturalmente, el supuesto de hecho, una promesa de venta sin mención expresa de precio, era más complejo y ofrecía más soporte a la decisión del tribunal que la proporcionada por los argumentos que invocaba.

²⁰⁹ En el caso francés los contratos eran de tracto sucesivo realizados bajo la ley anterior y ejecutados primero al amparo de una y después al de la otra, y en el español una compraventa de inmueble realizada bajo la vigencia de la ley anterior. La norma sobre gasolinas sufrió una abrogación total que privó al contrato de toda referencia, mientras que las normas sobre VPO no han modificado —y continúan sancionando— el establecimiento de precios superiores a la tasa, que también sigue existiendo: sólo cambió la posición del Tribunal Supremo sobre los efectos civiles de su incumplimiento, es decir, a si procedía o no la nulidad parcial del contrato.

BIBLIOGRAFÍA FRANCESA CITADA ²¹⁰

- AYNÈS, Laurent, «Indétermination du prix dans les contrats de distribution: comment sortir de l'impasse?», en *D.* 1993, Chron., pp. 25-27.
- «La détermination du prix dans les contrats de distribution automobile», en *Droit et pratique du commerce international*, 18, 1992-4, pp. 543-48.
- *D.* 1995, pp. 122-124. [SS. 29-11-94].
- *D.* 1996, pp. 13-21. [SS. 1-12-95].
- BARRET, Olivier, voz «Vente», *Recueil Dalloz*, §§ 484-491 (févr. 1995).
- BOULOC, *RTD com.*, 1994-4, pp. 768-69. [S. 5-4-94].
- *RTD com.*, 1995-2, pp. 464-65. [SS. 29-11-95].
- *RTD com.*, 1995-4, pp. 833-34. [S. 21-2-95].
- *RTD com.*, 1996-2, p. 316. [SS. 1-12-95].
- COLIN, Ambroise/CAPITANT, Henry, *Curso elemental de Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1943.
- COLLART DUTILLEUL, François/DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, Paris, 1991.
- CORBISIER, Isabelle, «La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises, réflexions comparatives», en *RIDC*, 1988, pp. 801 ss.
- «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe», en *RAE*, núm. 3, 1993, pp. 27-40.
- DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 2.^a ed., 1696.
- Droit et pratique du commerce international*, 1992, 18, núm. 3.
- FERRIER, Didier, «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif», *D.* 1991, Chron., pp. 237-40.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, «L'indétermination du prix», en *RTD civ.*, 1992-2, pp. 269-303.
- GASTINEL, Eric, *EBLR*, 1995, 6, 10, pp. 239-40. [SS. 29-11-94].
- EBLR*, 1996, 7, 8-9, pp. 193-94. [SS. 1-12-95].
- GHESTIN, Jacques, *D.* 1972, pp. 353-59. [SS. 27-4-71 y 5-11-71].
- «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)», *D.* 1973, Chron., pp. 293-98.
- *JCP*, 1986. II. 20622. [S. TA Paris, 2-5-86].
- *D.* 1993, pp. 379-84. [SS. 5-11-91, 19-11-91 y 23-2-93].
- *Traité de Droit Civil. La formation du Contrat*, LGDJ, Paris, 3.^a ed., 1993.
- *JCP*, 1995. II. 22371, pp. 35-39. [SS. 29-11-94].
- *JCP*, 1996. II. 22565, pp. 21-34. [SS. 1-12-95].
- GHESTIN, Jacques/BILLIAU, Marc, *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, Paris, 1990.

²¹⁰ Me ha parecido conveniente facilitar una lista con toda la bibliografía francesa citada. Cuando se trata de un comentario de sentencia incluyo la fecha de ésta entre corchetes. Los textos de las sentencias se pueden encontrar en los comentarios aparecidos en *D*, *JCP* y *CCC*. Los precedentes de *RTD civ.*, *RTD com.* y *EBLR* son notas de actualidad más breves.

- HATOUX, «La portée des arrêts non publiés de la Cour de cassation en matière civile», communication, 15 déc. 1993.
- HEMARD, Jean, *RTD com.*, 1966, pp. 104-106. [S. TA Paris 26-1-66].
 — *RTD com.*, 1966, pp. 637-38. [S. TA Paris 11-7-66].
 — *RTD com.*, 1968, pp. 748-50. [S. TA Paris 25-6-68].
 — *RTD com.*, 1970, pp. 763-64. [S. TA Grenoble 12-3-69].
- JAMIN, Christophe, reseña a la tesis de David BOULANGER *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats engendrant vente de marchandises*, publicada en *RTD civ.*, 1995-2, pp. 468-69.
 — Comentario al libro de FERRIER *Droit de la distribution*, publicado en *RTD civ.*, 1996-2, pp. 518-20.
- JEOL, «Les contrats de distribution commerciale et la détermination du prix: un nouveau Yalta», *D.* 1991, p. 175. [S. 22-1-91].
- JESTAZ, Philippe, «Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre», *RTD civ.*, 1996-2, pp. 299-312.
- LEVENEUR, Laurent, «Des contrats-cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix: le reflux et ses limites», *CCC*, Mai 1991, pp. 1-3. [SS. 22-1-91 y 12-2-91].
 — «Les conséquences de la nullité por indétermination du prix des contrats-cadres de distribution», *CCC*, novembre 1992, pp. 1-3. [SS. 23-6-92].
 — *CCC*, juillet 1993, núms. 129 y 130. [SS. 16-2-93, 23-2-93, 9-3-93].
- MALAURIE, Philippe/AYNÈS, Laurent, *Cours de Droit Civil. Les contrats spéciaux*, Cujas, Paris, 9.^a ed., 1995.
- MAZEAUD/CHABAS/JUGLART, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, Paris, 1987, III-2.
- MESTRE, Jacques, *RTD civ.* 1994-3, pp. 599-601. [SS. 2-11-93, 30-11-93 y 9-2-94].
 — *RTD civ.*, 1995-2, pp. 358-60. [SS. 29-11-94].
 — *RTD civ.*, 1995-3, pp. 620-21. [S. 23-5-95].
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barón de, *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris, 1949, 2 vols.
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado del contrato de venta*, Atalaya, Buenos Aires, 1948.
- POLLAUD-DULIAN, Frédéric/RONZANO, Alain, «Le contrat-cadre, par delà les paradoxes», en *RTD com.*, 1996-2, pp. 179-210.
- SEFTON-GREEN, Ruth, «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Droit Anglais», en *RAE*, núm. 3, 1993, pp. 41-48.
- STRAUCH/NEUMANN, «La détermination des prix et autres prestations en droit allemand des contrats», *DPCI*, 1980, pp. 133-47.
- TALLON, Denis (dir.), *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, Ed. Pedone, Paris, 1989.
- THREARD, Jean, *En toute franchise et sans concession*, Presses du management, Paris, 1989.

La Ley aplicable a la responsabilidad civil del Médico en Derecho Internacional Privado Español

GUILLERMO PALAO MORENO

Doctor en Derecho
Profesor Ayudante de Derecho internacional privado
Departamento de Derecho Internacional
Universitat de València

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *La calificación de los supuestos de responsabilidad del Médico*. a) La responsabilidad contractual del médico. b) La responsabilidad extracontractual del médico. c) El cúmulo de acciones. 3. *El contrato internacional de Servicios Médicos y la responsabilidad contractual*. a) El juego de la autonomía de la voluntad conflictual en los contratos internacionales de prestación de servicios médicos. b) La ley aplicable al contrato internacional médico en ausencia de elección por las partes. 4. *La Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual del Médico*. a) La ley del lugar de comisión del delito y la responsabilidad civil extracontractual del médico. b) Propuestas de flexibilización de la regla base en relación a la responsabilidad del médico. 5. *Conclusiones*.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, estamos siendo testigos de una creciente internacionalización de la actividad médica y, consecuentemente, de los supuestos de responsabilidad civil del médico. Así, cada día es más habitual que un facultativo se establezca, o preste sus servicios, fuera del país de su nacionalidad¹ —gracias a la progresiva desaparición de las barreras que dificultaban el libre ejercicio de la profesión médica en diversos Estados—, o que un paciente acuda a un especialista establecido en otro país para someterse a una operación². Del mismo modo, la prensa nos sorprende

¹ Como en el supuesto planteado por A. KÖNNING-FEIL del médico turco que se establece en Alemania, cuyos pacientes son en su mayoría residentes en ese país con nacionalidad turca. *Das Internationale Arzhaftungsrecht*, Frankfurt a.M., V. P. Lang, 1992, p. 286. El mismo supuesto se da en la actualidad en nuestro país, aunque con facultativos magrebíes o provenientes de países de la Unión Europea, en las localidades donde se encuentran «colonias» de nacionales de su país de origen.

² Como en el asunto *Nagel c. Mowlen*, resuelto por el Tribunal de Casación italiano en sentencia de 21 de septiembre de 1986 (*Riv.dr.int.pr.proc.* 1988, pp. 125 y ss.). Supuesto que versaba sobre una operación de rinoplastia a la que se sometió una actriz italiana en Inglaterra.

de vez en cuando con casos tan curiosos como el de un buque-clínica con bandera rusa que, fondeado en el puerto de Gibraltar presta sus servicios a enfermos españoles. Ello, sin olvidar el gran número de supuestos en los que sujetos de diferentes nacionalidades se ven afectados por medicamentos o prótesis defectuosos que han sido elaborados en un país extranjero³.

La consecuencia directa de todo ello ha sido que resulte normal que en las relaciones médico/paciente podamos encontrar presente un elemento de extranjería. Se trata de problemas reales que han sido resueltos en la práctica contando como único marco de referencia con las soluciones presentes en las diferentes legislaciones nacionales, sin enfrentarse a la cuestión en toda su dimensión, ni tomar en consideración su especialidad. De hecho, esta es la idea que subyace en los diferentes intentos de la Comisión Europea para lograr la armonización del sector de la responsabilidad del prestador de servicios en el interior de la Europa Comunitaria⁴. Proyectos que podrían conducir incluso a la elaboración de una Directiva que regulase la responsabilidad médica de forma específica⁵.

No obstante, mientras este objetivo no se cumpla, tales supuestos habrán de ser abordados desde la óptica de nuestro sistema de Derecho internacional privado (en adelante DIPr). Por lo tanto, será desde este sector del ordenamiento en el que nos situaremos para enfrentarnos a la problemática que puede plantear la responsabilidad civil del médico con carácter internacional. Para ello, es necesario analizar específicamente los problemas de ley aplicable que pudieran darse cuando resultaran competentes nuestros juzgados y tribunales para conocer de tales asuntos.

A este respecto, la virtualidad práctica del problema de la ley aplicable en los casos de responsabilidad civil médica se manifiesta claramente en una serie de supuestos-tipo en los que se encuentra presente un elemento de extranjería. Supuestos que definiremos de forma previa, con el objeto de comprobar posteriormente el juego de las normas de conflicto de nuestro sistema de DIPr en relación a los mismos. Así, en primer lugar (supuesto A), lo más habitual es que el médico atienda a un paciente extranjero en

³ Así, *El País* de 15 de septiembre de 1994 (p. 26) alertaba a los 1500 españoles posibles afectados por unas válvulas cardíacas defectuosas elaboradas en Estados Unidos. De igual forma, se hacía eco de los resultados mortales que estaba teniendo un medicamento elaborado por una compañía alemana, suministrado a miles de personas por el *National Health Service*, con manifestaciones en todo el mundo (*El País* de 3 de septiembre de 1993, p. 21).

⁴ Nos estamos refiriendo a dos proyectos de 1989 y 1990, respectivamente, que se encuentran en vía muerta tras la *Comunicación de la Comisión relativa a las nuevas orientaciones en materia de responsabilidad del prestador de servicios* (COM (94) 260 final, Bruselas, 23.06.1994, p. 6).

⁵ En esta línea se plantea J. L. FAGNART: «Vers une Proposition de Directive spécifique sur la responsabilité du prestataire dans le secteur des soins de santé?», en N. FRASELLE (ed.), *La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé*, Lovaina la nueva, A. Bruylant, 1992, pp. 53 ss. Del mismo modo, la mencionada *Comunicación* de la Comisión establece que para futuros trabajos «habrá que tener más en cuenta las características específicas de los diferentes servicios» (doc.cit., p. 6).

el lugar donde se encuentre establecido, ya sea este último quien se desplace desde su país de residencia o ya se encuentre residiendo en dicho país. En segundo lugar (supuesto B), también puede ocurrir que sea el médico el sujeto que acude al país donde reside el paciente, dándose la doble posibilidad que lleve a cabo su actividad en un establecimiento secundario (B.1), o que no lo posea (B.2). Para finalizar (supuesto C), puede suceder que tanto el paciente como el facultativo se desplacen a un tercer país ajeno a ambos, prestándose ahí el servicio médico. En esta tercera posibilidad también cabe discriminar entre los casos en los que el médico posea un establecimiento secundario en ese país (C.1), de aquellos en los que no (C.2).

2. LA CALIFICACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO

Según el tenor del artículo 12.1 del CC, al enfrentarnos a los problemas que plantea la responsabilidad civil del médico desde una perspectiva internacional privatista (en concreto desde el sector de la legislación aplicable), debemos concretar, en primer lugar, en qué categoría jurídica de nuestro ordenamiento encuentra su regulación dicho supuesto de hecho. A este respecto, llama la atención cómo la responsabilidad médica puede merecer una doble calificación, lo que podría ocasionar la puesta en funcionamiento de sendas normas de conflicto competentes. Así, la doctrina que se ha aproximado a esta materia es unánime al considerar que tales supuestos pueden contar indistintamente con una calificación tanto contractual como extracontractual⁶.

Este dato es intrínsecamente relevante, dadas las diferencias que existen entre una y otra posibilidad. Diferencias que se concretan, por lo que a nosotros respecta, en su distinto tratamiento conflictual, pero que también influyen decisivamente en su regulación material⁷. Por lo tanto es importante concretar, de forma previa, cuándo un supuesto de responsabilidad médica cuenta con una caracterización contractual o extracontractual.

⁶ Vid. E. DEUTSCH, «Das Internationale Privatrecht der Artzhaftung», en A. HELDRICH y otros (eds.), *Konflikt und Ordnung. Festschrift für M. Ferid zum 70. Geburtstag*, Munich, C.H. Beck, 1978, pp. 117 ss., esp. p. 118; H. P. MANSEL, «Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungprozess», en AA.VV., *Einheit in der Vielfalt. Festschrift für H. Weitnauer zum 75. Geburtstag*, Heidelberg, Institut für Ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, 1985, pp. 32 ss., esp. p. 34; M. FALLON, «Les prestations de services en droit international privé», en J. LAFFINEUR (ed.), *Les prestations de services et le consommateur*, Bruselas, Story scientia, 1990, pp. 179 ss., esp. p. 202; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 8.

⁷ Como el plazo de prescripción entre una y otra acción: quince años la acción contractual (art. 1964 CC), 1 año la extracontractual (art. 1968.2 CC).

tual, dado que el demandante podrá acudir en tales ocasiones a cada una de las dos vías existentes⁸.

a) La responsabilidad contractual del médico

Lo más habitual es que la relación existente entre un médico y su paciente tenga como marco jurídico un contrato⁹. Por lo tanto, la responsabilidad médica tendrá, en nuestro país, un origen contractual en un gran número de ocasiones¹⁰, tal y como sucede en otros países con tradición jurídica similar¹¹. Este será normalmente un contrato de arrendamiento de servicios –recogido en el artículo 1544 del CC–¹². No obstante, podrá tratarse también de otras figuras contractuales (como el contrato de obra), dependiendo de la naturaleza jurídica de las obligaciones que deriven de dicha relación¹³. De todas formas, la responsabilidad que surja del mismo encontrará su regulación en el artículo 1101 y concordantes del CC.

A este respecto, la responsabilidad civil del médico gozará de tal naturaleza cuando se produzca el incumplimiento, por parte del facultativo, del contrato preexistente que le vincula con el paciente¹⁴, ocasionando una lesión de los intereses de dicho acreedor¹⁵. En estos casos se ha

⁸ H. P. MANSEL, «Kollisions-und-Zuständigkeits-rechtlicher Gleichlauf del Vertraglichen und Deliktischen Haftung», *Z.f.Rvgl.* 1987, pp. 1 ss., esp. p. 23. Cfr. R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1988, p. 23.

⁹ En el caso que nos ocupa, aunque entre el paciente y el médico no existe ninguna estipulación formal, no cabe duda que nos encontramos ante una relación de naturaleza contractual. De forma general, J. FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de servicios médicos*, Madrid, Civitas, 1988. También, L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *Derecho médico*, Madrid, Tecnos, 1986, Vol. I, p. 170; J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Motecorvo, 1985, p. 120; J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, Aranzadi, 1984, pp. 23 y 24.

¹⁰ De hecho, tal y como señala L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (*La responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 22), en la actualidad la regla general es la responsabilidad contractual, siendo excepcional la vía extracontractual.

¹¹ Por lo que respecta a los países que también optan por una posición similar a la española, desde una perspectiva de Derecho comparado, *vid.* P. J. ZEPOS y P. CHRISTODOULOU, «Professional Liability», *IECL*, Vol. XI, C. 6, Tubinga y otros, J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1978, pp. 7 a 9.

¹² L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *Derecho médico, op. cit.*, p. 112; J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 31 a 33; M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, Reus, 1989, pp. 19 ss.; A. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Trivium, 1988, p. 125.

¹³ J. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 141 a 147; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 41 ss.; A. LLAMAS POMBO, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

¹⁴ L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *Derecho médico, op. cit.*, p. 170; F. JORDANO FRAGA, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *R.G.L.J.* 1985, pp. 29 ss., *concr.* pp. 32 y 33; L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 33.

¹⁵ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Reus, 1993, Vol. I, p. 146.

de tratar de una relación contractual válida¹⁶, respondiendo el médico de los deberes que se derivan del contrato de prestación de servicios subyacente y de aquellos accesorios ligados a la naturaleza del contrato¹⁷.

Hay que señalar que en el presente estudio tan sólo se hará referencia a los supuestos de responsabilidad civil contractual, en los que el enfermo se dirija a un médico solicitando cuidados. Esto es, aquellos casos en los que se trate de la auténtica prestación de un servicio por parte de un profesional liberal independiente¹⁸. De esta forma se excluirán relaciones como las que puedan existir entre un enfermo y una institución hospitalaria (sea pública o privada), el supuesto en que la relación médica se inicie por medio de un contrato de seguro, o aquellos casos en los que que sea una empresa quien contrate determinados servicios médicos para atender a sus trabajadores¹⁹. Supuestos de ejercicio dependiente de la medicina que, aunque mediando una relación de tipo contractual, descartamos ya que, como señala J. Fernández Costales: «todo ejercicio dependiente origina que la relación contractual se constituya no entre el médico y el paciente, sino entre éste y la persona física o jurídica de la que dependa el médico»²⁰.

Por último, cabe plantearse si este contrato puede ser considerado como un contrato de consumo, desde la óptica del DIPr. En principio, no cabe duda que el tenor literal del precepto que determina la ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores, el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante CR), incluye los contratos médicos al aplicarse «a los contratos que tengan por objeto el suministro (...) de servicios a una persona». No obstante, si acudimos a las condiciones y exclusiones que establece dicho artículo para que tales contratos merezcan tal calificación, hemos de concluir con A. Könnig-Feil que los contratos médicos no cumplirían con las mismas, por lo que no pueden ser considerados contratos celebrados con consumidores a la luz del precepto mencionado²¹.

Así, en primer lugar, si es el paciente quien se desplaza del país donde tenga su residencia habitual al lugar donde el médico posee su establecimiento principal, para que se le preste ahí el servicio, no será aplicable

¹⁶ *Ibid.* p. 98. Sobre la validez del contrato médico, destaca el problema que se plantea por el deber de información del médico con respecto al enfermo, y su repercusión en la ruptura del mismo por vicios del consentimiento. A. LLAMAS POMBO, *op. cit.*, pp. 158 ss.; L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *Derecho médico, op. cit.*, pp. 88 ss.; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 209 ss. Exigencia que se halla presente en todos los ordenamientos estatales. J. L. FAGNART, *op. cit.*, p. 95.

¹⁷ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil, op. cit.*, pp. 108 ss. Cf. L. GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 39. Por lo que respecta al contenido del contrato médico, *vid.* J. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 163 ss.; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 201 ss.

¹⁸ *Vid.* J. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 68 ss.

¹⁹ *Vid.* J. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 119.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 15 y 16.

²¹ *Op. cit.*, pp. 193 y 205. Esta calificación coincide con la mantenida por nuestra legislación material. La solución sería distinta, sin embargo, si se tratara de un contrato con una institución hospitalaria.

el artículo 5 en virtud de su párrafo 4²². En segundo lugar, las actividades médicas no suelen ser ofertadas en el país de residencia del paciente (como ocurre con otros profesionales liberales), por lo que no cumple con la primera condición que fija su numeral 2.^o²³.

b) La responsabilidad extracontractual del médico

La responsabilidad civil médica también puede tener naturaleza extracontractual en nuestro ordenamiento²⁴, regulándose en tales casos por lo establecido en los artículos 1902 y ss. del CC²⁵. Esto sucederá cuando los deberes incumplidos por el médico sean diferentes de los derivados del contrato que le puede unir con el paciente y se basa en la violación del principio *alterum non laedere*²⁶. Se trata de una posibilidad resarcitoria que ha cobrado una gran importancia en los últimos años en nuestro país, siendo en la actualidad mayor el número de reclamaciones presentadas por vía extracontractual que contractual²⁷. En este sentido, son varias las situaciones en las que se puede acudir a la misma:

En primer lugar, en aquellos supuestos en los que no existe ningún vínculo contractual entre el médico y el paciente dañado²⁸. Es decir, cuando este último no puede prestar su consentimiento y es atendido por motivos de urgencia, igualmente cuando el médico ejerce la medicina en régimen de dependencia frente a un tercero, bien al servicio de una entidad privada (médico de empresa, clínica privada, aseguradora o mutua) o como funcionario en un servicio asistencial público o, finalmente, cuando se produce una ruptura del contrato por vicios en el consentimiento del paciente, el demandante acudirá a esta vía.

En segundo lugar nos encontramos con aquellas situaciones en las que, a pesar de existir un contrato médico con antelación, el médico comete un acto ilícito encuadrable en el artículo 1902 del CC²⁹. Se trata

²² Exclusión que puede restringir seriamente al usuario de servicios médicos, y que es justificada por M. GIULIANO y P. LAGARDE («Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *D.O.C.E.* núm. C 327, de 11 de diciembre de 1992, pp. 1 ss., esp. p. 22), porque el usuario no puede esperar regular la relación por su ordenamiento de origen.

²³ A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 193.

²⁴ Esta aproximación prevalece frente la contractual en diferentes países como los del *Common Law*. P. J. ZEPOS y P. CHRISTODOULOU, *op. cit.*, p. 9.

²⁵ Excluimos de nuestro estudio los casos en los que la responsabilidad tuviera su origen en un producto defectuoso. Supuestos regulados por la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (que traspone la Directiva 85/374/CEE), y desde una perspectiva conflictual por el Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos (ratificado por España en 1989).

²⁶ L. GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 33; J. A. SELJAS QUINTANA, «Responsabilidad civil médico-sanitaria: ejercicio y condicionamientos», *A.C.* 1995, pp. 301 ss., esp. p. 304.

²⁷ L. GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, pp. 52 y 53. En los países del *Common Law* es la vía resarcitoria más utilizada.

²⁸ *Vid.* J. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 221 y 222; F. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 33.

²⁹ L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 22.

de aquellas ocasiones en las que se produce un daño al paciente, como señala F. Jordano Fraga, «[c]on ocasión del cumplimiento, en una relación puramente incidental con él y por causa ajena a la prestación de los servicios debidos»³⁰. Por lo tanto, la presencia de un contrato entre médico y paciente no excluye la posibilidad de acudir a la acción extracontractual³¹.

c) El cúmulo de acciones

Esta doble posibilidad resarcitoria nos obliga a plantearnos el problema del cúmulo de acciones en la hipótesis de que la acción contractual y extracontractual se puedan entablar simultáneamente en supuestos de responsabilidad médica. En el caso que tales situaciones se planteen ante nuestros tribunales, y teniendo presente un elemento de extranjería, ésta será una cuestión a resolver por nuestra normativa interna³². Por lo tanto, cabe examinar si nuestro ordenamiento permite el cúmulo de ambas acciones.

La cuestión del cúmulo de acciones ha dividido y divide en la actualidad a nuestra doctrina civilista³³, así como a la postura adoptada por los países de nuestro entorno³⁴. Por lo que respecta a nuestra jurisprudencia, ésta ha tenido la ocasión de plantearse el problema del cúmulo de acciones en relación a la responsabilidad médica en varias ocasiones, permitiendo la concurrencia de ambas³⁵. No obstante, ello no significa que nuestros tribunales posibilitem el ejercicio simultáneo de las dos pretensiones, sino que el actor podrá elegir entre una u otra³⁶, teniendo preferencia la acción contractual sobre la delictual³⁷.

³⁰ *Op. cit.*, p. 34.

³¹ *Vid.* de forma general sobre esta posibilidad, F. PANTALEÓN, «Artículo 1902», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, T. II, pp. 1971 ss., esp. pp. 1977 ss.; S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, C.E. Ramón Areces, 1992, pp. 7 y 8; R. de ÁNGEL Y AGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 25. Cf. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual...*, *op. cit.*, p. 115.

³² Al poder considerarse una cuestión calificatoria a resolver por la ley del foro *ex artículo 12.1. C.c.* G. PALAO MORENO, *Aspectos internacionales de la responsabilidad civil por servicios*, Granada, Comares, 1995, p. 43.

³³ A favor del cúmulo: J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 39; L. MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 22. En contra: F. PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, pp. 1979 ss.; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 118.

³⁴ El cúmulo es aceptado en Alemania e Italia. Francia, por su parte, es partidaria de la teoría de la no acumulación. La postura de la jurisprudencia inglesa, partidaria tradicional del cúmulo, ha cambiado recientemente acercándose hacia la no acumulación.

³⁵ Entre otras, SS.T.S. de 7 de febrero de 1990 y 22 de febrero de 1991.

³⁶ E. LLAMAS POMBO, *op. cit.*, pp. 107 y 108. Para ello se acudiría, en opinión de S. CAVANILLAS MÚGICA, a aplicar el principio de especialidad. S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 145 ss., esp. p. 148.

³⁷ L. MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 22; L. GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 37.

3. EL CONTRATO INTERNACIONAL DE SERVICIOS MÉDICOS Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

En caso que la responsabilidad médica tenga como marco jurídico una relación contractual –siempre que en dicho supuesto se halle presente un elemento de extranjería³⁸ y siendo competentes nuestros tribunales para conocer del asunto–, habrá que determinar el ordenamiento que va a regular el contrato de servicios médicos y la responsabilidad que del mismo se pudiera derivar. Esta operación la llevaremos a cabo, en la actualidad, por medio del CR, dado que tales supuestos entran dentro de su ámbito de aplicación material³⁹. Y en concreto, ante la ausencia de una norma específica referida a estos contratos⁴⁰, acudiremos a los artículos 3 ss. del citado texto convencional.

Desde esta perspectiva conflictual, será imprescindible valorar la importancia que posee la autonomía de la voluntad en este tipo de relaciones a la hora de concretar la ley aplicable (*infra a*), para, posteriormente, concretar la normativa que regulará el contrato de servicios médicos en ausencia de elección por las partes (*infra b*).

a) El juego de la autonomía de la voluntad conflictual en los contratos internacionales de prestación de servicios médicos

La posibilidad que tienen el paciente y el médico de determinar el ordenamiento jurídico llamado a regular el contrato que les une (autonomía de la voluntad conflictual), es ampliamente reconocida en el artículo 3.1 CR⁴¹. Los generosos términos en que se expresa este Convenio no pueden recibir, en nuestra opinión, más que una positiva acogida. Ello se debe a que atiende a los intereses de médico y paciente (ya que son los propios implicados quienes eligen la regulación aplicable a su relación), proporcionándoles seguridad jurídica (al conducir a una solución predecible por ambos)⁴². Junto a ello, esta elección «[d]eberá ser expresa o

³⁸ El artículo 1.1 del CR «[s]ituaciones que impliquen un conflicto de leyes». Esto es, «[s]ituaciones que suponen uno o varios elementos de extranjería con relación a la vida social interna de un país». M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 10.

³⁹ Cf. artículos 1 y 10 CR. Por lo que desplaza al artículo 10.5 CC.

⁴⁰ Como nos recuerda O. LANDO, la especialidad de los contratos celebrados con profesionales y su diferente caracterización, no suele tener ninguna incidencia en su tratamiento conflictual. Cf. «Contracts», *IECL*, Vol. III, C. 24, *op. cit.*, 1976, p. 152.

⁴¹ Cf. artículo 10.5 CC.

⁴² *Vid.* O. LANDO, «Contracts», *op. cit.*, p. 33; F. VISCHER, «The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts», *R. des C.* 1974-II, pp. 1 ss., esp. p. 37; P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement a caractère substantiel*, Ginebra, Georg-Librairie de l'université, 1985, pp. 113 ss. Entre nosotros, M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995 (6.^a ed.), pp. 143 ss., esp. p. 147.

resultar de manera cierta de los términos del contrato»⁴³, tal y como obliga el precepto citado. De esta forma, el CR da pie tanto al método objetivo como, en cierta medida, al subjetivo en la elección de la ley aplicable al contrato.

No obstante la claridad del principio y las ventajas que reporta a las partes, su juego posee determinadas especialidades en los supuestos que nos ocupan, debidas a las particularidades propias del contrato médico. Así, éste se caracteriza por ser un contrato que no suele contar con una estipulación formal, siendo lo corriente que el paciente acuda al facultativo para que le cure y éste acepte implícitamente sin mediar contrato escrito⁴⁴.

Por lo que respecta a la primera posibilidad (elección expresa), en raras ocasiones médico y paciente convendrán en el clausulado del contrato el ordenamiento llamado a regular el mismo (si es que éste existe)⁴⁵, siendo lo más común que no se produzca la *electio iuris*. En consecuencia, la elección tácita se muestra como la forma más habitual de que las partes opten por un ordenamiento jurídico concreto⁴⁶. Del tenor del artículo 3.1 se deriva claramente que ha de tratarse de una voluntad cierta, no presunta⁴⁷. Como señalan M. Giuliano y P. Lagarde en el informe relativo al Convenio, «una verdadera elección de la ley aunque no esté expresamente declarado en el contrato»⁴⁸. Por lo tanto se plantea el problema de identificar los elementos que la ponen de manifiesto⁴⁹.

Indicios válidos de una elección tácita de las partes en un contrato serán, como señala M. Virgos Soriano, los «comportamientos y circunstancias negociales que sin tener como objeto la exteriorización de la voluntad de los contratantes, partan inequívocamente de ella»⁵⁰. En el supuesto de un contrato médico, dichos «comportamientos y circuns-

⁴³ Esto es, expresa o tácita. No siendo posible, sin embargo, la elección hipotética o implícita. P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Rev.crit.dr.int.pr.* 1991, pp. 287 ss., esp. p. 303; W. LORENZ, «Vom alten zum neuen internationalen Schulvertragsrecht», *IPRax* 1987, pp. 269 ss., esp. p. 271.

⁴⁴ L. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, *Derecho médico*, op. cit., p. 170; J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, op. cit., p. 24.

⁴⁵ A. KÖNNING-FEIL, op. cit., p. 194. Hecho que denuncia A. F. SCHNITZER en relación la contratación internacional en general. «Les contrats internationaux en droit international privé suisse», R. des C. 1968-I, pp. 541 ss., esp. p. 590.

⁴⁶ H. P. MANSEL, «Kollisionsrechtliche...», op. cit., p. 36.

⁴⁷ M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Madrid, Civitas, 1986, T. III, pp. 753 ss., esp. p. 772; Ch. REITHMANN y D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, Colonia, Dr. Otto Schmidt KG, 1988 (4.ª ed.), p. 63. Método seguro y no excesivamente rígido, según A. GIARDINA, «Volontá delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo», en T. TREVES, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padua, Cedam, 1983, pp. 3 ss., esp. p. 5.

⁴⁸ Op. cit., p. 15.

⁴⁹ *Ibid.*; F. VISCHER, «The antagonism...», op. cit., p. 46.

⁵⁰ «Obligaciones contractuales», op. cit., p. 156. Cf. A. L. DIAMOND, «Harmonization of Private International Law relating to contractual obligations», R. des C. 1986-IV, pp. 233 ss., esp. pp. 256 y 257.

tancias» podrán ser, entre otros: el hecho de que paciente y médico residan en un mismo país⁵¹, los comportamientos de las partes en las diferentes fases en que se encuentre el contrato o la conexión de éste a otro anterior donde sí se optaba por un Derecho determinado⁵². Por lo que se refiere a su comportamiento procesal, cuando ambos aceptan sin discutir someterse a un ordenamiento (v.gr. la ley del foro) se aplicará esa ley⁵³. Otros indicios, como ciertas circunstancias que pueden rodear la negociación del contrato (v.gr. el lugar donde se celebra, el lenguaje en el que está redactado o la divisa empleada), tendrán una relevancia menor⁵⁴.

Como se acaba de señalar, el principio de autonomía de la voluntad, tal y como queda plasmado en el CR beneficia a las partes de un contrato médico. No obstante, su amplia virtualidad también encierra ciertos peligros. Entre los mismos, destaca el «desequilibrio» real que existe entre el médico y el paciente, hecho éste que puede beneficiar a los intereses del facultativo frente al paciente como «parte débil» del contrato⁵⁵. Así, el médico cuenta con unos conocimientos de los que carece el paciente que le otorgan una mayor capacidad negociadora, circunstancia que puede desembocar en que el facultativo opte por el ordenamiento que mejor responda a sus propios intereses. Normativa que con toda seguridad será la ley del lugar donde se encuentra su establecimiento principal, al corresponder con la legislación que mejor conoce (por ser el país donde desarrolla habitualmente su actividad) y porque es la legislación según la cual concibe que se determine el nivel («standard») de su conducta profesional⁵⁶. Esta posición de desequilibrio nos lleva a plantear si el contrato médico es un contrato celebrado con consumidores. Como se vio, tales contratos no merecen dicha calificación, según el artículo 5 CR, por lo que no le serían aplicables las limitaciones que dicho precepto recoge en su numeral 2.º con respecto a la autonomía de la voluntad⁵⁷.

⁵¹ A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 196 y 197.

⁵² M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 15; M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *op. cit.*, p. 156; P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot y otros, Dartmouth, 1993, p. 50.

⁵³ M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 15; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 200 y 201; M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *op. cit.*, p. 156; O. LANDO, «The conflict of Laws of Contracts. General principles», *R. des C.* 1984-VI, pp. 225 ss., esp. pp. 307 y 312; Ch. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁴ Cf. A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 199; Ch. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, pp. 75 y 78.

⁵⁵ A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 183; G. PALAO MORENO, *Aspectos...*, *op. cit.*, p. 140. La opción por un ordenamiento único por el médico le permite «planificar y reducir costes de transacción». M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 769.

⁵⁶ F. VISCHER, «The antagonism...», *op. cit.*, p. 30.

⁵⁷ Por lo tanto, la autonomía de la voluntad tendrá los mismos límites que encuentran el resto de contratos comerciales (arts. 3, 7, 15 y 16 CR).

b) La ley aplicable al contrato internacional médico en ausencia de elección por las partes

Cuando las partes de un contrato de servicios médicos no opten por un ordenamiento «conforme a las disposiciones del artículo 3.º», el artículo 4.º del CR establece una serie de criterios de conexión que nos permitirán determinar la normativa competente para regular dicha relación y la responsabilidad que de la misma pudiera derivarse. Dicho precepto dispone a modo de solución inicial que el contrato⁵⁸ «se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos» en su párrafo 1.º Su numeral 2.º recoge una presunción (la prestación característica) encaminada a concretar la regla establecida en el párrafo anterior⁵⁹. Finalmente, su apartado 5.º posibilita rechazar la mencionada presunción en determinadas ocasiones.

Por lo tanto, siguiendo la estructura del artículo 4 CR, en primer lugar acudiremos a la normativa del país con el que el contrato médico mantenga la vinculación más estrecha⁶⁰. Se trata de una solución de carácter objetivo y flexible, basada en el principio de proximidad⁶¹. Para concretar dicho ordenamiento el juez, o el operador jurídico en su caso, tomará en consideración las circunstancias que rodean al contrato y su vinculación con diferentes países⁶², cuando éste se celebró o tras su celebración⁶³. De esta manera, entre las mismas se podrán valorar, en el caso concreto que nos ocupa, el lugar donde el paciente o médico residan, el lugar donde

⁵⁸ O, de forma excepcional, una parte del mismo según reza este primer apartado *in fine*, permitiendo el fraccionamiento del contrato.

⁵⁹ Las presunciones establecidas en los numerales 3.º y 4.º se refieren a contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, y al contrato de transporte de mercancías, respectivamente.

⁶⁰ Forma de localización cercana al Proper law approach del DIPr inglés. R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milán, GIUFFRÈ, 1991, pp. 78 ss.; P. KAYE, *op. cit.*, p. 172; M. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, París, L.G.D.J. 1987, pp. 246, 247. Sobre el origen histórico de dicha regla *vid.* E. VITTA, «Influenze americana nella Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali», en AA.VV. *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, GIUFFRÈ, 1983, pp. 121 ss., esp. pp. 126 ss.; M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *op. cit.*, pp. 157 a 159; R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 76 ss.

⁶¹ P. A. de MIGUEL ASENSIO, «La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980», *La Ley. Comunidades Europeas*, 4 de abril de 1995, pp. 1 ss., esp. p. 2; M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *op. cit.*, p. 157. Sin entrar en consideraciones de justicia material. R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 184, 185; A. J. E. JAFFEY, «The english Proper Law doctrine and the EEC Convention», *I.C.L.Q.* 1984, pp. 531 ss., esp. pp. 537, 543.

⁶² CH. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, p. 88; P. A. de MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 2, 3. Circunstancias que habrán de ser consideradas de forma cualitativa por su relevancia y no cuantitativa. Acerca del proceso de valoración de tales elementos, *vid.* R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 178 ss.; M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *op. cit.*, pp. 159, 160.

⁶³ M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 18. En contra tomar en consideración elementos posteriores al momento de celebración del contrato, por incrementar la inseguridad y el riesgo de manipulación. M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 790; P. KAYE, *op. cit.*, pp. 173, 174; CH. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, pp. 89, 90.

celebren el contrato, su nacionalidad, la naturaleza y objeto del mismo, o el país en el que el facultativo desarrolle su actividad⁶⁴. No obstante, esta regla se presenta como una opción un tanto vaga que no responde al principio de seguridad jurídica, al ser imprevisible *a priori* por las partes⁶⁵.

En segundo lugar, el artículo 4 en su apartado 2.º corrige la inicial flexibilidad del precepto, al presumir que el contrato tiene los vínculos más estrechos «[c]on el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual»⁶⁶. Lugar que, en relación al ejercicio de una actividad profesional (como el caso que nos ocupa) será el país «[e]n que esté situado su establecimiento principal»⁶⁷.

Mediante dicha presunción se pretende concretar el elemento interno que caracteriza a cada tipo de contrato, conforme a su naturaleza y función, con el fin de determinar el factor de conexión más apropiado para cada categoría contractual⁶⁸. Por lo que al contrato de servicios médicos se refiere, no cabe duda que, como el resto de profesionales liberales, lo que les caracteriza es el suministro de dicho servicio⁶⁹. Por lo tanto, es lógico pensar que la ley que mejor responde al conjunto de elementos internos de tal contrato es la del lugar donde el médico tenga su establecimiento principal⁷⁰, siendo lo habitual que desarrolle su actividad en ese

⁶⁴ Cf. A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 207; P. KAYE, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁵ A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 206; M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, pp. 780, 781; P. KAYE, *op. cit.*, p. 172. Cf. R. BARATTA (*op. cit.*, pp. 202 a 204) quien minusvalora esta crítica.

⁶⁶ De esta forma, tiene un papel integrador para determinar la conexión más estrecha (E. VITTA, «La Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano», *Riv.dir.int.pr.proc.* 1981, pp. 837 ss., esp. p. 846), continuando con la concreción del principio de proximidad (P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *R. des C.* 1986-I, pp. 9 y ss, esp. pp. 41, 42; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 2). Sobre los antecedentes de este criterio: M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milán, GIUFFRÈ, 1989, pp. 77 ss.

⁶⁷ Vid. en referencia a los contratos médicos, E. DEUTSCH, *op. cit.*, pp. 121, 122; H. P. MANSEL, «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, p. 44; M. FALLON, «Les prestations...», *op. cit.*, p. 202; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁸ M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19; M. MAGAGNI, *op. cit.*, pp. 88 ss.; M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 183; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 4. Vid. también, A. F. SCHNITZER, «Les contrats...», *op. cit.*, 562 ss. Se trata de una presunción *iuris tantum*. R. BARATTA, *op. cit.*, p. 174.

⁶⁹ A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 208; A. HELDRICH, «P. 28», *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, C.H. BECK, 1993, p. 2287; M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19. No en vano, en la clasificación realizada por F. VISCHER éste y otros contratos de servicio pertenecían a la categoría de los contratos de actividad, cuya prestación característica consistía en el desarrollo de la misma. *Internationales Vertragsrecht*, Berna, Stämpfli & Cia., 1962, pp. 121 a 123.

⁷⁰ En relación al contrato médico, A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 213 ss.; E. DEUTSCH, *op. cit.*, p. 122. De forma general, M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19; A. MAGAGNI, *op. cit.*, pp. 271, 272; D. MARTINY, «P. 28», *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesezbuch*, Munich, C.H. BECK, 1990 (2.ª ed.), T. 7, pp. 1578 ss. En este sentido también, A. F. SCHNITZER, *op. cit.*, p. 595; F. VISCHER, *Internationales... op. cit.*, p. 111; *id.* «The antagonism...», *op. cit.*, pp. 61, 62. Jurisprudencialmente, este criterio de conexión ha sido empleado por el A.G. Traunstein (sentencia de 2 de febrero de 1973. *IPRspr.* 1973, pp. 34 ss.), en relación a los servicios prestados por un abogado.

país. De hecho responde al supuesto A que establecimos en la introducción del presente trabajo como el más frecuente.

Esta solución ha sido criticada por un importante sector doctrinal. Críticas centradas, principalmente, en el hecho de que se sobrevalora el desarrollo de la actividad frente a la prestación dineraria⁷¹, así como por favorecer al «prestador característico» y sus intereses⁷². Sin embargo, dichas observaciones no hacen peligrar su empleo en contratos como el presente⁷³. Además, se trata de un criterio que cumple con la finalidad de seguridad jurídica⁷⁴ y es económicamente eficaz⁷⁵. Junto a ello, la presunción que establece el artículo 4.2 CR posibilita una respuesta especializada que se adapta perfectamente a las características propias de los contratos médicos⁷⁶, y que responde a los supuestos A, B.1 y C.1.

En definitiva, el ordenamiento al que conduce el artículo 4 CR con sus apartados 1.º y 2.º es el de la ley del país donde se encuentre el establecimiento principal del médico. Este precepto concreta, a su vez, dicho lugar temporal y espacialmente (en algunos supuestos) en su numeral 2.º Así, por lo que se refiere al momento de la conexión, este apartado se refiere al «[m]omento de la celebración del contrato». Respecto a su localización espacial, en el caso de llevar a cabo su actividad en más de un establecimiento, concreta que si «la prestación tuviera que ser realizada en un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel

⁷¹ H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «“Characteristic obligation” In the Draft EEC Obligation Convention», *A.J.C.L.* 1971, pp. 303 ss., esp. p. 310; P. M. PATOCCHI, «Characteristic Performance: A new Mythe in the Conflict of Laws? Some Comments on a recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract», en AA.VV., *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Frankfurt a.M., Helbing & Lichteahn, 1993, pp. 113 ss., esp. p. 132.

⁷² H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 318 a 320; F. K. JUENGER, «The EEC Convention on the Law applicable to contractual obligations», en P. M. North (ed.), *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a Comparative Study*, Amsterdam y otros, North-Holland Publishing Co., 1982, pp. 259 ss., esp. pp. 301, 302; P. M. PATOCCHI, «Characteristic...», *op. cit.*, p. 134; A. GIARDINA, *op. cit.*, p. 18.

⁷³ Frente a la prestación monetaria dicha opción resulta útil para clasificar los contratos (M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 784), permitiéndonos adaptar la respuesta conflictual a su diversa naturaleza. Resulta obvio que dicha conexión beneficia al médico (A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 215). Sin embargo, hemos de tener en consideración que no se trata de contratos celebrados con consumidores, siendo el profesional quien realiza la actividad más compleja y corre con los riesgos de la misma. *Vid.* A. MAGAGNI, *op. cit.*, pp. 177, 178; A. J. E. JAFFEY, «The English Proper Law doctrine and the EEC Convention», *I.C.L.Q.* 1984, pp. 531 ss., esp. pp. 547, 548; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *Riv.dir.int.pr.proc.* 1993, pp. 513 ss., esp. p. 520.

⁷⁴ M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 784; M. MAGAGNI, *op. cit.*, pp. 285, 286; P. LAGARDE, «Le nouveau...», *op. cit.*, p. 308. En contra, F. K. JUENGER, «The EEC...», *op. cit.*, p. 301; P. KAYE, *op. cit.*, p. 190.

⁷⁵ Dado que le permite al profesional planificar su actividad y prever los riesgos que pudiera conllevar. M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 784; A. J. E. JAFFEY, *op. cit.*, p. 548.

⁷⁶ Hay que tener en cuenta que se trata del país donde el profesional está autorizado a desarrollar su actividad (H. P. MANSEL, «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, p. 45; O. LANDO, «Contracts», *op. cit.*, p. 153), y según la cual se valora su conducta (F. VISCHER, «The antagonism...», *op. cit.*, p. 61).

en que esté situado este otro establecimiento»⁷⁷. Posibilidad que denominamos al inicio del estudio como B.1 y que está llamada a tener una aplicación creciente si tenemos en consideración la paulatina liberalización de la prestación de servicios médicos y establecimiento en el interior de la Unión Europea. Hecho que puede conducir a que un facultativo ejerza su profesión y/o se establezca en más de un país.

En último lugar, el numeral 5.º del precepto que estamos analizando permite rechazar la presunción del apartado 2.º en virtud de dos motivos. Rechazo que, sin embargo, se presentará en escasas ocasiones en relación a la responsabilidad médica. No acudiremos a la misma «[c]uando no pueda determinarse la prestación característica»; excluyéndose también «[c]uando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país». De esta forma establece una cláusula de excepción que permite flexibilizar la regla general del apartado 2.º, acorde con el principio de proximidad⁷⁸, aunque de uso excepcional subordinada al juego de la presunción de la prestación característica⁷⁹.

Por lo que hace referencia al contrato de servicios médicos, el propio tenor del numeral 2.º recoge el supuesto tipo de los contratos con profesionales, así como el más habitual, por lo que no cabe una indeterminación de la prestación característica tal y como hemos visto. En consecuencia tan sólo resta examinar la segunda posibilidad de exclusión de la presunción, que se presentará raras veces. A este respecto H. P. Mansel considera factible abandonar la ley del país donde se encuentre el establecimiento en favor de aquél donde se trata al paciente, cuando ambos sean distintos, si se dan ciertas circunstancias, dado que también deberán observar las reglas de ese Estado⁸⁰.

En este sentido, A. Könnig-Feil plantea el supuesto de que se tratara al paciente durante un viaje en grupo por un país extranjero⁸¹. Posibilidad que corresponde a la C.2 establecida en la introducción del presente

⁷⁷ Vid. A. KÖNNIG-FEIL, *op. cit.*, pp. 223, 224. Esta ubicación flexibiliza la presunción general y hace que el resultado se aproxime al criterio de la ley del lugar de ejecución del contrato (conexión empleada en el Restatement 2nd estadounidense en relación a los contratos de prestación de servicios en su P. 196). En contra, M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19. No obstante, I. SCHWANDER nos recuerda que lugar del establecimiento del profesional y donde ejecuta el contrato suelen coincidir. «Zur heutigen Rolle des Erfüllungsortes im IPR», en AA.VV., *Conflicts et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1990, pp. 681 ss., esp. p. 684.

⁷⁸ P. KAYE, *The New...*, *op. cit.*, p. 186. Esta posibilidad es considerada beneficiosa por algunos autores (H. BATIFFOL, «Remarques sur l'opposition des directives aux règles en droit international privé», en AA.VV., *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padua, Cedam, 1989, pp. 27 ss., esp. pp. 33, 34; P. LAGARDE, «Le nouveau...», *op. cit.*, p. 310), mientras que ha sido criticada por otros (CH. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, pp. 109, 110).

⁷⁹ E. VITTA, «Influenze...», *op. cit.*, p. 136; A. J. E. JAFFEY, *op. cit.*, p. 554; M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, pp. 791, 792; R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 164 ss. La excepcionalidad se transforma en inaplicabilidad en P. KAYE (*The New...*, *op. cit.*, pp. 186, 187) al considerar que el 4.1 hará innecesario el juego de los numerales posteriores.

⁸⁰ «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, p. 47.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 233.

análisis, dado que la C.1 (esto es, si se diera la circunstancia que el facultativo poseyera un establecimiento secundario en dicho país) se encuadraría en el artículo 4.2 *in fine*, ya analizado. Aquí también cabría el caso de un médico que tratara a un enfermo en una clínica (o institución hospitalaria) situada en un país distinto de donde él se encuentra establecido, acudiendo al ordenamiento del país donde se desarrolla la actividad⁸². Esto es, la posibilidad B.2 a la que nos referimos en un principio. No obstante, A. Könnig-Feil considera que en casos como los expuestos, este resultado sería diferente cuando médico y paciente residieran en el mismo país o poseyeran la misma nacionalidad, ya que se aplicaría su ordenamiento común al poseer una mayor conexión con su relación⁸³. P. A. de Miguel Asensio propone abandonar el ordenamiento donde se encuentre el establecimiento también cuando éste sea circunstancial o pasajero⁸⁴.

4. LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL MÉDICO

Un supuesto de responsabilidad civil médica también puede contar con una caracterización extracontractual. Por lo tanto, hay que analizar la respuesta que nuestro sistema de DIPr establece cuando en tales casos se encuentre presente un elemento de extranjería, si nuestros tribunales resultaran competentes para conocer de la controversia que se entablara ante ellos.

En dichas hipótesis habrá que acudir al artículo 10.9 CC, solución general que recoge nuestro sistema de DIPr en materia de obligaciones no contractuales, al carecer el mismo de una norma que se enfrente a tales supuestos de forma específica (precepto que analizaremos en *infra a*). Junto a dicho precepto, dado que ofrece una respuesta insatisfactoria en determinadas ocasiones, estudiaremos la posibilidad de localizar tales supuestos de responsabilidad en un ordenamiento diferente al propuesto por tal precepto (*infra b*).

a) La ley del lugar de comisión del delito y la responsabilidad civil extracontractual del médico

El numeral 9.º del artículo 10 CC señala en su primer párrafo que «Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde

⁸² En este caso, y siguiendo la terminología de M. VIRGOS SORIANO («Obligaciones contractuales», *op. cit.*, p. 166) coincidirían, entre otros factores, el lugar de ejecución y el marco organizativo de la actividad médica, así como sería el ordenamiento esperado por el paciente.

⁸³ *Ibid.* Dado que ambos confían en que ése va a ser el ordenamiento que va a regular su relación. La nacionalidad común no tendría sentido, sin embargo, si el médico llevara muchos años establecido en un país distinto del de su nacionalidad. *id.* pp. 234, 235.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 5.

hubiere ocurrido el hecho de que deriven». Con este precepto nuestro legislador se decantó en 1974 por la tradicional *lex loci delicti commissi*, criterio de conexión que mantienen la mayoría de legislaciones europeas como regla de base, aunque con ciertas diferencias entre las mismas⁸⁵. Se trata de una solución que ofrece numerosas ventajas y se adapta a la mayor parte de los supuestos de responsabilidad médica de naturaleza extracontractual⁸⁶. Prueba de ello es que la opción por la *lex loci delicti commissi*, ante la ausencia de una norma de conflicto especializada, ha sido la seguida por la jurisprudencia de algunos países cuando han tenido que resolver sobre supuestos como los que nos ocupan⁸⁷.

Para empezar, lo más habitual es que el resultado lesivo de la actividad médica se manifieste en el país donde se ha llevado a cabo el tratamiento al paciente. Lugar que generalmente (aunque no siempre) será el mismo que aquél donde el facultativo se encuentre establecido (o al menos donde esté habilitado para ejercer su profesión) y donde reside el paciente⁸⁸. Por lo tanto guarda un estrecho vínculo con ese ordenamiento. En tal sentido, resulta lógico pensar que el ordenamiento del territorio donde se lleva a cabo dicho acto lesivo tenga interés en sancionarlo⁸⁹, así como la reparación de los daños allí originados⁹⁰. Aún más si tenemos en cuenta que el facultativo habrá de actuar teniendo en consideración el nivel de diligencia exigido por la normativa de dicho Estado⁹¹. De esta forma, podemos comprobar cómo se adapta a las características de un gran número de los supuestos que recogimos en un inicio, como son el A,

⁸⁵ En este sentido: el artículo 62 de la Ley de Reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado de 1995, el P. 38 del B.G.B. alemán y la jurisprudencia que lo ha desarrollado (así como el art. 40.1 de su nuevo Proyecto de Reforma), el artículo 45 del CC portugués, el artículo 133.2 de la Ley federal suiza de DIPr y el artículo 48.1 de la ley federal austríaca de DIPr. La jurisprudencia francesa (después de la sentencia del Tribunal de Casación de 25 de mayo de 1948, *Latour c. Vv. Guiraut*) y el actual Proyecto de Reforma de Inglaterra y Escocia sobre la ley aplicable en materia de *Tort* y *Delict* (art. 2.1).

⁸⁶ Sobre las ventajas que presenta dicha conexión en general, *vid.* nuestro trabajo, G. PALAO, *Aspectos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 55 a 57. Por lo que respecta a la responsabilidad médica en concreto, E. DEUTSCH, *op. cit.*, pp. 125, 127; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 286.

⁸⁷ Destaca entre todos el citado caso *Nagel c. Mowlen*.

⁸⁸ E. DEUTSCH, *op. cit.*, p. 127; H. P. MANSSEL, «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, pp. 52, 53.

⁸⁹ P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, París, LGDJ, 1961, pp. 49, 52; F. POCAR, «Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions», *Trav.Com.fr.dr.int.priv.* 1985-1986, pp. 71 ss., esp. p. 72; A. BUCHER, «Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse», en F. DESSEMONT (ed.), *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausana, CEDIC, 1989, pp. 107 ss., esp. p. 116.

⁹⁰ Esto es, la distribución de los riesgos sociales. P. BOUREL, *Les conflits...*, *op. cit.*, p. 53; O. KAHN-FREUND, «Delictual Liability and the conflict of Laws», *R. des C.* 1968-II, pp. 3 ss., esp. p. 44; M. C. PRYLES, «Tort and related Obligations in Private International Law», *R. des C.* 1991-II, pp. 6 ss., esp. p. 61; E. PÉREZ VERA (dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 1993 (4.ª ed.), T. 2, p. 289.

⁹¹ Sobre la importancia que tienen las normas de comportamiento y seguridad del país donde se desarrolla la actividad médica en el plano conflictual. A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 300 ss.

B y C.1 y coincide con la ley del país donde se encuentra el establecimiento en la mayoría de ocasiones.

El mencionado criterio se adapta a la naturaleza que tiene la responsabilidad civil médica en nuestro ordenamiento material. Así, se trata de un factor de conexión que responde a una concepción subjetiva de la responsabilidad civil, al fijar su atención en la acción negligente que pudiera desarrollar el médico, tal y como hace nuestra normativa civil y su desarrollo jurisprudencial⁹². Además, es el ordenamiento que las partes prevén⁹³, favoreciendo la seguridad en la normativa que va a regular su actuación y el cálculo de los riesgos que se derivarán de la misma al ser cierto. No cabe duda que tanto el paciente como el médico esperan normalmente que sea el ordenamiento resultante al ser el país en el que generalmente se desarrolla su actividad médica.

No obstante lo dicho, la regla que plasma nuestro artículo 10.9 CC es merecedora de duras críticas. Entre las mismas destaca el hecho de que no resuelve el problema de la localización del *locus delicti* que se plantea cuando el lugar donde se comete el acto lesivo y aquél donde se manifiesta el resultado dañoso, no coinciden⁹⁴, ya que cada día son más frecuentes los casos de responsabilidad médica en los que, debido a la internacionalización de la actividad médica por la creciente liberalización de este sector, se produce una dispersión territorial de sus elementos constitutivos.

Para ilustrar esta posibilidad contamos con el caso *Nagel c. Mowlen* resuelto por el tribunal de casación italiano. En el mismo se trataba de determinar, entre otras cosas, el lugar donde se debía localizar el lugar de comisión del delito en un supuesto de responsabilidad por una negligente operación de cirugía estética llevada a cabo en un hospital de Londres (lugar donde se produjo la acción) a una actriz italiana, manifestándose las consecuencias dañosas cuando ésta se encontraba en Italia (lugar donde se produjo el resultado).

Como acabamos de señalar, nuestro artículo 10.9 CC no aborda este problema, por lo que habrán de ser nuestros tribunales los encargados de determinar lo que se entiende por «lugar donde hubiere ocurrido el hecho» en caso de disociación. A este respecto, las posturas que siguen la doctrina internacional-privatista y los diferentes sistemas estatales de DIPr se pueden reducir a tres: la opción por el lugar donde se realiza la

⁹² La responsabilidad médica es general y mayoritariamente por negligencia. R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 203 ss.; S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 24. En este sentido las SS.T.S. de 13 de julio de 1987 y 20 de febrero de 1992.

⁹³ O. KAHN-FREUND, «Delictual...», *op. cit.*, pp. 43 ss.; P. M. PATOCCHI, *Règles...*, *op. cit.*, p. 184; M. C. PRYLES, «Tort...», *op. cit.*, p. 61. N. BOUZA VIDAL, «Obligaciones extracontractuales», en A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado II. Parte especial*, Madrid, Atlas, 1987 (10.ª ed.), pp. 392 ss., esp. p. 396; E. PÉREZ VERA (dir.), *op. cit.*, p. 289.

⁹⁴ J. A. CARRILLO SALCEDO, «Artículo 10.9», en AA.VV., *Comentario a las reformas del Código civil. El Título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 543 ss., esp. p. 555; L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *op. cit.*, 1991 (4.ª ed.), pp. 291 ss., esp. p. 294. Hecho que ha originado una dura reacción doctrinal fuera de nuestras fronteras contra la *lex loci delicti commissi*.

acción (*lex loci actus*)⁹⁵, la localización en el país donde se manifiesta el resultado lesivo (*lex loci iniuræ*)⁹⁶, o cualquiera de los dos de forma alternativa para favorecer al paciente (teoría de la ubicuidad)⁹⁷. En nuestra opinión, ninguna de estas tres posibilidades responde a las características de estos supuestos de responsabilidad⁹⁸, por lo que nuestros tribunales habrán de determinar el *locus delicti* por otros métodos.

Ante lo insatisfactorio de las anteriores propuestas en este sector de la responsabilidad civil, A. Könnig-Feil ha propuesto su localización por medio de su regulación material⁹⁹. Esta postura, aceptable en nuestra opinión, conduciría a nuestros tribunales a aplicar el ordenamiento del país donde el médico tiene su establecimiento principal en la mayoría de ocasiones, al ser el ordenamiento que el facultativo toma en consideración al actuar dentro de su círculo de relaciones¹⁰⁰. A esta misma solu-

⁹⁵ En apoyo de una concepción preventiva de la responsabilidad civil. Vid. A. WEIL, «Un case épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle: dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice», en *Mélanges Maury*, París, DALLOZ & SIREY, 1960, pp. 545 ss., esp. pp. 552, 553. Más recientemente y en relación a la materia que nos ocupa, M. FALLON «Les prestations...», *op. cit.*, p. 191. Legislativamente reflejado en el citado artículo 48.1 del sistema austríaco de DIPr, el artículo 45 del CC portugués y el 133.2 del sistema suizo de DIPr (aunque en estos dos últimos casos excepcionada cuando el autor no pudo prever su aplicación).

⁹⁶ Posibilidad basada en una concepción compensatoria de la responsabilidad civil, seguida por un importante sector doctrinal. Vid. A. WEIL, *op. cit.*, p. 555; G. BEITZKE, «Obligations délictuelles en droit international privé», *R. des C.* 1965-II, pp. 62 ss., esp. p. 85; F. POCAR, «Le lieu...», *op. cit.*, p. 75. Aunque no cuenta con reflejo legislativo, ha sido la solución adoptada en el citado caso *Nagel c. Mowlen*, en el asunto de responsabilidad médica resuelto por el Tribunal Supremo irlandés *Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Associates* ([1986] I.L.M.R. 627) y por la jurisprudencia estadounidense (aunque a título subsidiario) también en este tipo de supuestos, en *Rosenthal v. Warren* (475 F.2d. 438) o *Guillory v. US* (699 F.2d. 781).

⁹⁷ Apoyada fundamentalmente por la doctrina y jurisprudencia alemana y suiza. Vid. G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, Munich, C.H. BECK, 1987 (6.ª ed.), p. 457, y A. BUCHER, «Les actes...», *op. cit.*, pp. 116, 117. Presente en el artículo 40.1 del Proyecto de Reforma alemán. Entre nuestros autores, E. PÉREZ VERA (dir.), *op. cit.*, p. 291, y L. GARAU JUANEDA, «Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito», en C. JIMÉNEZ PIERNAS (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional público y Derecho Internacional privado. XIII Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Alicante, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1990, pp. 403 ss., esp. p. 450. De un modo más matizado, M. A. AMORES CONRADI, «Obligaciones extracontractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, 1995 (6.ª ed.), *op. cit.*, pp. 209 ss., esp. p. 227.

⁹⁸ Brevis, las dos primeras por ser parciales (al atender a uno sólo de los elementos de la responsabilidad. R. ROSSOLINI, «Un nuovo indirizo giurisprudenziale in tema di luogo di commissione dell'illecito?», en *Studi in onore di Ugo Gualazzani*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 127 ss., esp. p. 131. Vid. G. KEGEL, *op. cit.*, p. 455) y arbitrarias (M. FALLON, *Les accidents de la consommation et le droit*, Bruselas, Brylant, 1982, p. 386). La última, por favorecer injustificadamente al paciente. Vid. M. A. AMORES CONRADI, «Obligaciones extracontractuales», *op. cit.*, pp. 227, 228; A. KÖNNIG-FEIL, *op. cit.*, p. 264.

⁹⁹ *Op. cit.*, pp. 246 ss. Cf. En el sector de la competencia desleal, M. VIRGOS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993, p. 99. Vid. También, M. A. AMORES CONRADI, «Obligaciones extracontractuales», *op. cit.*, pp. 228, 229.

¹⁰⁰ *Ibid.* pp. 264, 265. Lugar donde se encuentra el «punto de concentración» de la relación, si es ahí donde el facultativo lleva a cabo su actividad. E. DEUTSCH, *op. cit.*, p. 127.

ción se llegaría si, como hace M. Gestri al comentar el asunto *Nagel c. Mowlen*, se acude a la *lex contractus* cuando se trate del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, debido a la presencia de un contrato médico en estos supuestos ¹⁰¹.

Un segundo problema planteado por este criterio de conexión de naturaleza territorial, es el de su localización cuando el *locus delicti* se materializa en un espacio no sometido a soberanía, como sucede en el mencionado supuesto del buque ruso anclado en el puerto de Gibraltar que atendiera a un paciente español. En este tipo de supuestos la doctrina se ha inclinado por dos criterios de conexión fundamentalmente: la ley de la bandera y la ley del lugar de comisión del delito ¹⁰².

En el caso que nos ocupa, sin embargo, nos inclinaríamos por el empleo en exclusiva de la *lex loci delicti commissi* ¹⁰³. En este sentido, consideramos que el uso del ordenamiento del pabellón del barco carece de justificación en este supuesto concreto, dado que esto sucedería si el tratamiento médico que se llevara a cabo en su interior interesara o tuviera vinculación con la vida interna del barco ¹⁰⁴. No obstante, si, como señalan los autores ¹⁰⁵, el hecho ilícito tiene una proyección externa al buque, como es el caso de que el paciente se encuentre en éste de forma temporal ¹⁰⁶, se acudiría al ordenamiento donde está el *locus delicti*. Esto es, el Derecho vigente en Gibraltar.

b) Propuestas de flexibilización de la regla base en relación a la responsabilidad del médico

La opción por la *lex loci delicti commissi* de forma única puede resultar rígida, fortuita e injusta en determinadas ocasiones. De esta forma, podemos comprobar como dicho criterio no se adecúa a todos los casos que se plantearan ante el juez y las circunstancias que los rodean, pudiendo conducir a soluciones poco apropiadas ¹⁰⁷. Así, a modo de ejemplo, si nos fijamos en el supuesto C.2, cuando el tratamiento médico se llevara a cabo en el transcurso de un viaje organizado por Europa central com-

¹⁰¹ «Alcune questioni in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», *Riv.dir.int.pr.proc.* 1988, pp. 53 ss., esp. p. 65.

¹⁰² Junto a estos dos, O. KAHN-FREUND (*op. cit.*, p. 267) también toma en consideración el ordenamiento común a las partes, así como el empleo de la conexión accesoría.

¹⁰³ Solución que en opinión de G. BEITZKE (*op. cit.*, p. 130) sería el principio general en este tipo de supuestos.

¹⁰⁴ P. BOUREL, *op. cit.*, pp. 185, 187; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 266; M. A. AMORES, «Obligaciones extracontractuales», *op. cit.*, p. 230. A modo de «insulated environment» (O. KAHN-FREUND, *op. cit.*, p. 82) o «groupement social especial» (G. BEITZKE, *op. cit.*, p. 130).

¹⁰⁵ M. A. AMORES CONRADI, «Obligaciones extracontractuales», *op. cit.*, p. 230; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 266.

¹⁰⁶ P. BOUREL, *op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁷ Vid. A. BINDER, «Zur Auflockerung des Deliktstatuts», *Rabels Z.* 1955, pp. 401 ss., esp. pp. 402 a 404, 497, 498; P. M. PATOCCHI, *Règles...*, *op. cit.*, pp. 185, 186; M. C. PRYLES, «Tort...», *op. cit.*, p. 79.

puesto por españoles, durante su paso por Suiza, queda claro que la localización territorial del *locus delicti* no sería el factor de conexión más apropiado al ser accidental.

En este sentido, el artículo 10.9 CC no es ninguna excepción a lo dicho. El criterio de conexión que establece resulta a todas luces insatisfactorio para regular todos los supuestos diferentes de responsabilidad extracontractual que pudieran presentarse ante el juez debido a su rigidez y generalidad¹⁰⁸. A pesar de ello, en nuestro ordenamiento y en el sector concreto que estamos examinando, no existen posibilidades de flexibilización y especialización de la regla base. Por lo tanto, realizaremos un breve análisis de determinadas propuestas existentes en otros ordenamientos, desde la óptica de estos supuestos de responsabilidad, con el objeto de proponer ciertas modificaciones de *lege ferenda* cuando este precepto resulte insuficiente y/o insatisfactorio¹⁰⁹.

Una primera posibilidad sería la aplicación del *Proper Law Approach* en tales supuestos de responsabilidad cuando el *locus delicti* sea fortuito. Esto es, acudir a un método de base judicial como el presente en el CR en materia contractual, que cuenta, además, con un importante apoyo y proyección en sistemas de DIPr cercanos al nuestro en materia de obligaciones no contractuales¹¹⁰. La aplicación de dicha técnica supondría que nuestros tribunales excepcionarían la *lex loci delicti commissi*, en favor del ordenamiento que presentara la conexión más significativa con el caso en concreto, en virtud de las circunstancias (externas) que lo rodean¹¹¹.

En relación a los supuestos de responsabilidad médica, esta técnica flexibilizadora podría ser concretada de diferentes maneras. Un sector doctrinal considera que si médico y paciente residieran habitualmente en el mismo país (o poseyeran la misma nacionalidad), siendo éste diferente del *locus delicti* (como en el supuesto C.2 arriba señalado), se podría acudir a dicha

¹⁰⁸ J. A. CARRILLO SALCEDO, «Artículo 10.9», *op. cit.*, pp. 554 a 556; N. BOUZA VIDAL, *op. cit.* pp. 396, 397; E. PÉREZ VERA (dir.), *op. cit.*, p. 289; L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», *op. cit.*, p. 293; M. A. AMORES CONRADI, «Obligaciones extracontractuales», *op. cit.*, p. 226.

¹⁰⁹ No analizaremos, sin embargo, otras propuestas, como aquellas basadas en el análisis de los intereses presentes en la normativa (de origen estadounidense). Ello se debe a que la regla tradicional, en nuestra opinión, responde a la naturaleza de este sector de la responsabilidad, como ya hemos señalado, así como por las numerosas críticas que ha suscitado.

¹¹⁰ En la actualidad la *proper Law* como forma de especialización de la tradicional *lex loci delicti commissi* se halla presente en los artículos 133 y 15 del sistema suizo de DIPr, en el artículo 48.I.2 del sistema austríaco, y en los Proyectos de Reforma inglés y alemán en sus artículos 2 y 41.1, respectivamente, así como en el articulado del desaparecido Anteproyecto de Convenio CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales de 1972. Con una técnica similar el P. 145 del *Restatement Second* estadounidense.

¹¹¹ Esta aproximación tiene su origen en el conocido artículo de J. H. C. MORRIS, «The Proper Law of a Tort», *Harv.L.Rev.* 1951, pp. 881 ss. Una crítica actual en M. C. PRYLES, «Torts...», *op. cit.*, pp. 80 a 86.

normativa común¹¹². Por su parte, E. Deutsch también se ha manifestado a favor de la ley del lugar donde se encuentra el establecimiento principal del médico (solución a la que nos conducirá la solución anterior con frecuencia), por ser en un gran número de ocasiones la *proper law of the tort*¹¹³.

Aunque de forma general se puede criticar la falta de previsibilidad e incertidumbre que origina esta técnica¹¹⁴, las mencionadas propuestas se adaptan mejor a tales supuestos de responsabilidad que el criterio tradicional (cuando sea fortuito), ofreciendo un alto grado de seguridad jurídica y justicia, cumpliendo con las expectativas de las partes. Por lo tanto, del mismo modo que en materia contractual, consideraríamos adecuado el empleo del *Proper Law Approach* con el fin de que nuestros tribunales excepcionaran la respuesta del 10.9 CC, en los supuestos señalados¹¹⁵.

Otra posibilidad de «escapar» del criterio de conexión *lex loci delicti commissi* cuando no guarde una vinculación efectiva con el supuesto de responsabilidad médica, o ésta sea accidental, sería acudir a la ley aplicable al contrato de servicios médicos preexistente, en virtud de la denominada «conexión accesoria». Esta posibilidad, reconocida para este sector concreto de la responsabilidad civil en la doctrina alemana¹¹⁶, supondría, como señala L. Garau Juaneda, que el ilícito quedara absorbido por la regulación propia de la relación principal (en nuestro caso el mencionado contrato médico)¹¹⁷. Esto es, haríamos uso de los criterios de conexión del estatuto contractual en vez de aplicar el criterio que recoge el 10.9 CC, aunque sin dejar de considerar el supuesto como un ilícito civil de naturaleza no contractual.

El empleo de la conexión accesoria no se ha dado nunca en la jurisprudencia en relación a los supuestos que nos ocupan. No obstante, en este

¹¹² A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 268 a 272; H. P. MANSEL, *op. cit.*, «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, pp. 49, 50; E. DEUTSCH, *op. cit.*, pp. 128, 129. Opción que encontramos desde antiguo en la normativa alemana (art. 38 B.G.B. y en el art. 40.1 del actual Proyecto de Reforma, excepcionado por el 41), su jurisprudencia y doctrina, y más tarde en Portugal (art. 45.3 CC) y en Suiza (art. 133.1 de su sistema de DIPr). También cuenta con el apoyo de un sector de nuestra doctrina, aunque en virtud de la relación preexistente y no sólo por la ley personal común. L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», *op. cit.*, p. 300; E. PÉREZ VERA (dir.), *op. cit.*, p. 290.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 125.

¹¹⁴ Entre otros, O. KAHN-FREUND, *op. cit.*, p. 51; F. A. MANN, «The Proper Law in the Conflict of Laws», *J.C.L.Q.* 1987, pp. 437 ss., esp. p. 442.

¹¹⁵ P. BOUREL, *op. cit.*, p. 43; M. C. PRYLES, «Torts...», p. 101 (en relación al Proyecto de Reforma inglés y escocés); P. M. PATOCCHI, *Règles...*, *op. cit.*, p. 188 (destacando su carácter conservador). En este sentido, los artículos señalados del sistema suizo y austríaco de DIPr y los pertenecientes a los Proyectos de Reforma alemán e inglés.

¹¹⁶ H. P. MANSEL, «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, pp. 62, 63; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 288 ss.; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1990, p. 437. Amén de encontrarse presente en el artículo 133.3 de la Ley federal suiza de DIPr (aunque algo limitado), y los Proyectos de Reforma alemán (art. 41.2) e inglés (art. 2.2).

¹¹⁷ «Obligaciones no contractuales», *op. cit.*, p. 300. Vid. G. C. GOZENBACH, *Die Akzessorische Anknüpfung*, Zurich, Schulthess, 1986, p. 1; P. M. PATOCCHI, *Règles...*, *op. cit.*, pp. 173 ss.; H. P. MANSEL, «Kollisions- und Zuständigkeitsrechtlicher...», *op. cit.*, p. 15; A. BUCHER, *op. cit.*, p. 118; M. A. AMORES CONRADI, «Artículo 10.9», en AA.VV. *Comentario...*, *op. cit.*, T. I, pp. 127 ss., esp. p. 128; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en Derecho Internacional privado español», *REDI* 1990, pp. 125 ss., esp. p. 142.

sector concreto y sólo en los casos señalados, un uso prudente del mismo nos podría conducir a soluciones ajustadas. Además, es una conexión esperada por las partes, dada la especial vinculación que posee el supuesto de responsabilidad extracontractual con la relación contractual subyacente existente entre el médico y el paciente en un gran número de ocasiones.

5. CONCLUSIONES

Del estudio que hemos llevado a cabo, hay que destacar las estrechas relaciones que existen entre la responsabilidad contractual y extracontractual en los supuestos de negligencia médica. En este sentido, del análisis de los casos que establecimos en un inicio, a la luz de las normas de conflicto de nuestro sistema de DIPr, podemos comprobar cómo el resultado al que hemos llegado en la mayoría de las ocasiones es el mismo: la aplicación de la ley del lugar donde se encuentra el establecimiento del médico.

De esta forma, si la responsabilidad es contractual, este criterio de conexión tiene una gran virtualidad práctica en el sistema establecido por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Cuando la responsabilidad es extracontractual, el criterio territorial que recoge nuestro artículo 10.9 CC coincide en un gran número de supuestos con el mencionado ordenamiento. Hecho este último que se comprueba, no sólo cuando lugar de acción y lugar de resultado sean el mismo, sino también si ambos elementos están dispersos en varios países, o cuando el *locus delicti* resulta fortuito (con el empleo de técnicas flexibilizadoras como el *Proper Law Approach* o la conexión accesoria).

Esta circunstancia, especialmente válida en los casos de responsabilidad médica por la importancia que posee el contrato de prestación médico subyacente, hace que podamos plantearnos, desde una perspectiva conflictual, la –tantas veces deseada por un sector de la doctrina civilista– armonización de ambos tipos de responsabilidad civil en estos supuestos. Esto es, se trataría de otorgar un tratamiento conflictual único a ambos regímenes que equiparase ambas responsabilidades¹¹⁸. Esta posibilidad, evitaría problemas como el del cúmulo de acciones, y además, estaría en línea con la idea de ciertos autores de elaborar una Directiva comunitaria específica en materia de responsabilidad por servicios prestados por médicos.

Por otra parte, la aproximación de ambos regímenes y la casi total coincidencia de resultados, podrían hacernos pensar, si no en ese tratamiento armonizado, al menos en la especialidad de tales supuestos de responsabilidad civil cuando tuvieran una naturaleza extracontractual (al ser en el estatuto delictual donde más problemas se plantean con respecto

¹¹⁸ En este sentido, A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 278.

a la norma de conflicto). Esto nos llevaría a un tratamiento segregado de estos casos del resto de los demás supuestos de responsabilidad no contractual, desde una perspectiva internacional-privatista, con el objeto de flexibilizar la, en ocasiones, inadecuada respuesta de nuestro artículo 10.9 CC.

Para ello, mantendríamos como punto de conexión de base la tradicional *lex loci delicti commissi*, estableciendo junto al mismo la ley del lugar donde se encuentre el establecimiento del médico como criterio subsidiario. Esta solución, respetuosa en parte con la mencionada norma de conflicto, tomaría como referente la solución adoptada en sede contractual, y resulta apropiada en la mayoría de supuestos, así como posibilitaría flexibilizar el criterio territorial cuando éste no nos pareciese adecuado.

La indivisibilidad de la aceptación y repudiación de la herencia

ÁNGELA GALVÁN GALLEGOS

Doctora en Derecho
Profesora de la Universidad San Pablo CEU

SUMARIO: I. *Regulación y breve referencia histórica.* II. *Significado y fundamento del carácter de indivisibilidad.* III. *Ámbito de la indivisibilidad de la aceptación y repudiación.* 1. Planteamiento general: la delación. 2. ¿Cuándo existe delación?; el sistema de delaciones sucesivas. IV. *La problemática de la pluralidad de llamamientos.* V. *Llamamientos independientes de un mismo heredero a distintas porciones de herencia.* 1. Presentación del problema. 2. Causas de la pluralidad de llamamientos. 3. ¿Cuándo es único el llamamiento a pesar de la pluralidad de cuotas? 4. Solución a los distintos supuestos. A) Criterio primordial: la voluntad del testador. B) Diversidad de cuotas hereditarias deferidas unas por vía testamentaria y otras abintestato en favor de un mismo sujeto. C) Concurrencia de cuotas hereditarias deferidas como instituido y como sustituto vulgar. D) Institución de heredero pura y bajo condición suspensiva. VI. *Llamamientos independientes de una persona a la misma porción de herencia o a la herencia entera.* VII. *Otros casos controvertidos.* 1. El heredero legitimario. A) Planteamiento doctrinal. B) Interpretación de los artículos 985 y 833 del Código Civil. 2. El llamamiento conjunto: el derecho de acrecer. A) La institución solidaria de herederos. B) El denominado «derecho de acrecer» y su renunciabilidad. VIII. *Eficacia de la aceptación y repudiación parcial.*

I. REGULACIÓN Y BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

«La aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte» dice literalmente el artículo 990 CC, precepto que muestra claramente la influencia en el Derecho sucesorio español del Derecho Romano, donde se rechazaba la aceptación o repudiación parcial no sólo cuando el llamamiento fuera a la herencia entera, sino, incluso, cuando se llamara al mismo sujeto a varias partes de la misma, pues no se le permitía que repudiara unas y aceptara otras, haciendo extensiva la aceptación de alguna de las partes al resto de la herencia¹.

¹ Digesto, 29, 2, 1-2 y 10

Esta misma idea de la indivisibilidad de la aceptación y repudiación es la que se quiso establecer en la Partida 6, 6, 15, cuando dice en su comienzo: «Seyendo algund ome establecido heredero en parte cierta, maguer el non sepa cuanta es, bien puede entrar² la herencia solamente que la entre con condicion de la aver cuanta quier que sea».

Concisamente se vuelve a recoger este principio de indivisibilidad en el Proyecto de Código Civil de 1851, que expresa en el artículo 822: «... la repudiación no puede hacerse parcialmente».

II. SIGNIFICADO Y FUNDAMENTO DEL CARÁCTER DE INDIVISIBILIDAD

Observando la trayectoria histórica del carácter de indivisibilidad de la repudiación y aceptación de la herencia, hay que advertir que, aunque se coincida en el enunciado, el significado actual es bien diferente. El fundamento que justificaba en el Derecho Romano y en Las Partidas la no parcialidad de la repudiación, no es aplicable al Código Civil que elabora un sistema sucesorio conforme a principios distintos a los que imperaban en el sistema romano, ya que el concepto de «heredero» ha evolucionado hacia una menor radicalidad de las consecuencias que suponía ser llamado a la universalidad de la herencia y convertirse en continuador de las relaciones jurídicas del causante.

Para los romanos la institución de heredero forma parte, como imprescindible, para la validez del testamento. Significaba la designación de quien sucedía *in locum* o *in ius defuncti* y, por lo tanto, en todas sus relaciones jurídicas sin más limitación que la derivada de concurrir con otros herederos designados en el mismo testamento. La concepción romana de la institución de heredero responde a la máxima expresión del principio de universalidad que tan sólo queda restringido espacialmente por el *concursum* de varios herederos testamentarios, de manera que cesando esa limitación, es decir, la presencia de otros llamados, deja libre su fuerza expansiva y el o los herederos restantes lo serán por el todo agotándose exhaustivamente la sucesión del causante.

Consecuencia lógica del principio de universalidad del título de heredero en tales extremos son las siguientes reglas vigentes en el Derecho Romano:

a) *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*: se trata de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

b) *Ius adcrendi*: el acrecimiento forzoso o no decrecimiento de las porciones no asignadas o vacantes por cualquier causa.

² Entiéndase también «no entrar», o sea, repudiar.

c) *Ut vel omnia admittentur, vel omnia repudiantur*: totalidad e indivisibilidad de la aceptación y repudiación, se debía aceptar todo o repudiar todo.

Suceder a título universal según el Código Civil vigente hay que estudiarlo dentro, o teniendo en cuenta, otro ámbito donde:

Primero: La sucesión testada e intestada pueden convivir como se deriva de lo que dispone el artículo 658-III CC: «Podrá también deferirse (la sucesión) en una parte por voluntad del hombre, y en otra, por disposición de la ley».

De acuerdo con esto, se define el testamento en el artículo 667 CC como el acto «por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos».

A su vez, el artículo 764 CC sigue esta orientación y dice que «el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos».

Segundo: Consecuentemente, admitida la simultaneidad de ambas sucesiones, desaparece el acrecimiento forzoso y así, el artículo 912-2.º CC expresa que la sucesión legítima tiene lugar: «Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto». Y de conformidad al artículo 986 CC «En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer (art. 982 CC), la porción vacante del instituido a quien no se hubiera designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones».

En vista de esto, hay que distinguir, como lo hace Vallet de Goytiso-lo³, «la universalidad del título de heredero» de «la universalidad del heredero testamentario». Aquélla está proclamada por el Código en el artículo 660 («Llámesse heredero al que sucede a título universal...») y 661 («Los herederos suceden al difunto... en todos sus derechos y obligaciones.»). Ser heredero, es decir, sucesor universal significa adquirir un patrimonio concebido como universalidad de Derecho *universitas ius*; se adquiere un todo ideal sin consideración a su contenido ni a los heterogéneos elementos que la componen, por lo que no puede ser dividida sino en partes alícuotas. Esta concepción del patrimonio hereditario como universalidad responde a elementales exigencias de seguridad jurídica tendente a conseguir la realización completa del fenómeno sucesorio, la continuidad de las relaciones y la consiguiente garantía para los acreedores del causante.

³ VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1982, p. 103.

En el supuesto de no haber dispuesto el causante totalmente de la herencia, el Código Civil excluye la universalidad del heredero dispuesto en testamento, pues acepta, como se ha visto, que éste suceda conjuntamente con aquellos que lo sean abintestato. Esto no afecta a la universalidad del título de heredero de la que participan tanto el instituido en testamento como los llamados por la ley. Unos y otros se subrogan en todas y cada una de las relaciones jurídicas del causante transmisibles por herencia, respondiendo *ultra vires hereditatis* en caso de no acogerse al beneficio de inventario.

A la luz de un principio de universalidad concebido de manera mucho menos radical que en el Derecho Romano hay que plantearse el carácter de indivisibilidad de la aceptación y repudiación e indagar su auténtico significado y fundamento fuera de la universalidad de la institución de heredero.

Algunos autores⁴ siguen manteniendo el fundamento del carácter indivisible de la aceptación y repudiación en la idea de continuidad sucesoria que se desprende del concepto de herencia y de heredero como representante del causante, así si se repudia no se quiere representar y por lo tanto no se admite nada, y si se acepta se quiere todo. La sucesión en los bienes es lo secundario; la sucesión en la persona es lo esencial. Desde estos términos no hay que hablar de cuotas o partes separadas de bienes, la condición de heredero es única pues prevalece en ella no la adquisición patrimonial que entraña sino, precisamente, la cualidad o título personal de heredero, o sea de subrogado en la posición jurídica del finado.

Esta teoría que basa la indivisibilidad de aceptación y repudiación en la universalidad del título de heredero aporta los siguientes argumentos legales:

a) La circunstancia de que el Código no haya adoptado para los llamamientos hereditarios la misma norma que el artículo 890 CC aplica a los legados⁵.

b) Que en el artículo 990 CC se hable de aceptación o repudiación «de la herencia» y no de cada cuota, sin establecer excepción alguna⁶.

A pesar de esta teoría clásica, resulta evidente que la universalidad de la institución de heredero —al aceptar el Código Civil la institución sólo en parte de la herencia y la concurrencia de herederos intestados con los llamados testamentariamente en parte—, ya no puede ser fundamento de la indivisibilidad de la aceptación y repudiación de la herencia y, por tanto, debe buscarse otra razón.

García Goyena⁷, centrándose en la repudiación, alegaba que, como ésta «significa un desaire o afrenta al testador el heredero testamentario

⁴ MANRESA, «Comentarios al Código Civil Español, VII», 7.ª ed., Madrid, 1956, p. 418. ROCA SASTRE, en notas a KIPP, «Tratado de Derecho Civil, V-2.º», 2.ª ed., Madrid, 1976, p. 52. O'CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), I, Madrid, 1991, p. 2354.

⁵ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 52.

⁶ MANRESA, *op. cit.*, p. 418.

⁷ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, II, Madrid, 1852, p. 212.

que repudia la herencia (o cuota de la misma a la que es llamado) pierde su derecho a otros posibles llamamientos hereditarios referentes al mismo causante como los legados (art. 839 del Proyecto de 1851) o la mejora hecha en testamento (art. 665 del Proyecto de 1851). Como se puede apreciar, con este razonamiento se alcanzan soluciones más radicales que con el principio romano de indivisibilidad basado en el carácter de universalidad.

Hoy se justifica la indivisibilidad de la repudiación proclamada en el artículo 990 CC a la vez que la posibilidad, en caso de varios llamamientos, de repudiar unos y aceptar otros, en la voluntad del testador que ha querido establecer distintos llamamientos con su *ius delationis* independiente y, por tanto, la libre opción de decidir entre aceptar o repudiar el objeto de dicha delación.

En el sistema sucesorio que se establece en el Código Civil, la sucesión en concepto de heredero se produce mediante el concurso de dos factores de voluntad: la del testador y la del delado (llamado a ser heredero con delación).

La voluntad del causante puede manifestarse expresamente por testamento –sucesión «testada»–, o presuntamente, cuando no exista testamento o éste resulte incompleto, la ley designa a determinadas personas estimando que serían preferidos por el causante los parientes más próximos –sucesión «legal» o «abintestato».

El sujeto al que se le ofrece ser heredero ha de manifestar su voluntad de aceptación, expresa o presunta, para llegar a serlo; en caso de que no le interese, expresamente hará manifiesto su rechazo repudiando la herencia.

Aunque la decisión del llamado sea independiente de la del testador (desaparecidos los herederos forzosos, art. 988 CC) es preciso, sin embargo, que respete la voluntad del causante por ser ésta la dispositiva, fundamental y preferente, lo que subordina naturalmente la decisión del llamado a adherirse o rechazar, sin más, lo ofrecido; y sólo en cuanto se dé la absoluta identidad entre lo ofrecido y lo aceptado o repudiado será válida la voluntad del llamado originando la perfección jurídica de la relación hereditaria, en el primer caso, abortándola de manera definitiva en el segundo.

Gitrama⁸ pone de manifiesto esta idea comparando la sucesión hereditaria con los negocios jurídicos *inter vivos*, y así, si en estos «–valga por todos, el contrato– la aceptación debe hallarse en perfecta congruencia con la oferta para que haya el consentimiento o concurso de voluntades (art. 1262 CC) sin lo cual no hay contrato (art. 1261 CC), en alguna manera la aceptación de la herencia consolida o completa la disposición testamentaria o legal en que el heredero es llamado a la sucesión, disposición principal o fundamental que no puede ser modificada o corregida por aquella aceptación, la cual ha de ser congruente o concordante en perfecta identidad con ella». Y lo mismo para el supuesto de no querer

⁸ GITRAMA, *Comentarios al Código Civil*, XIV-1.ª, Madrid, 1989, p. 75.

suceder en cuanto a la indivisibilidad de la repudiación respecto del llamamiento a toda la herencia o a cada cuota de ella.

Admitir la divisibilidad de la aceptación o repudiación, es decir, que el heredero pueda hacer suyo parte de lo ofrecido y rechazar el resto que no le convenga, es ir contra el espíritu de la sucesión *mortis causa* basada en la voluntad de aquel sujeto a quien se sucede que goza de plena libertad (exceptuando las legítimas) para disponer *mortis causa* de sus bienes y elegir a las personas que quiere que sean sus sucesores. La voluntad del testador manifestada en testamento es título preferente para determinar la delación hereditaria y consiste en la declaración de voluntad del testador dirigida a producir determinados efectos que el ordenamiento jurídico sanciona y respeta en cuanto querido por aquél (art. 658 CC). Mediante el testamento una persona «dispone para después de su muerte» (art. 667 CC) lo que evidencia su naturaleza imperativa en el sentido de que el testador no se limita a rogar o a aconsejar sino que ordena o manda lo que quiere que se haga.

Sólo la ausencia de esta manifestación de voluntad por parte del causante, es suplida por la ley en cuanto la sucesión denominada «legítima» (art. 658 CC), legal, abintestato o intestada, es supletoria o complementaria (arts. 912 y 658) basándose en el criterio de que el causante habría preferido a aquellos parientes más cercanos.

La repudiación del llamado, designado en virtud de la voluntad expresa o presunta del finado, a ser heredero es voluntaria y libre en cuanto puede o no realizarla pero es indivisible en cuanto se ha de respetar lo querido por el testador sin oportunidad de modificarlo por el repudiante.

III. ÁMBITO DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA DELACIÓN

Para explicar y aplicar el carácter indivisible de la repudiación es preciso determinar el ámbito en el que opera y al que se ha de ceñir.

La aceptación y repudiación de la herencia son facultades incluidas en el *ius delationis* atribuido *ope legis* a aquel sujeto designado por voluntad del causante o por ley. Este *ius delationis* trae su causa en la delación que es el llamamiento y ofrecimiento de la herencia y supone la posibilidad inmediata de aceptarla o repudiarla. Sólo se podrá aceptar o repudiar válida y eficazmente cuando exista ofrecimiento actual de la herencia y sólo respecto de éste surtirá efecto la aceptación o repudiación.

Para averiguar cuándo existe realmente delación hay que hacer referencia al sistema de vocaciones y delaciones hereditarias que rige en el Código Civil español.

La vocación o llamamiento eventual de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del *de cuius* se produce simultáneamente.

Todos aquellos sujetos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sucesores a título universal, testamentarios o intestados, son llamados en el momento mismo de la muerte al que se atiende para calificar su capacidad. El sistema del Código, por tanto, es un sistema de vocaciones simultáneas.

2. ¿CUÁNDO EXISTE DELACIÓN? EL SISTEMA DE DELACIONES SUCESIVAS

Por lo que se refiere a la delación, es decir, la oferta de la herencia para aceptarla o repudiarla, se puede producir, según la clase de delación, en el mismo momento de la apertura de la sucesión o posteriormente; así, por el momento en que surge la delación se distingue⁹:

– La *delación inmediata*: es aquella que coincide con la apertura de la sucesión y, por tanto, con la vocación.

– La *delación diferida*: es la que depende de una circunstancia que se ha de concretar después de la muerte del causante, como ocurre en el llamamiento bajo condición suspensiva.

– La *delación sucesiva*: se produce respecto de personas que estarían excluidas si otras preferentemente intituidas hubiesen podido y querido aceptar. La delación en favor de los llamados posteriormente existe desde el momento en que el llamado en primer lugar es declarado incapaz o repudia la herencia, pero, en virtud del efecto retroactivo que se concede a la aceptación y repudiación (art. 989 CC) hace que la delación secundaria opere como simultánea al momento de la apertura y vocación hereditarias.

La delación sucesiva puede tener lugar en la sucesión intestada y en la testamentaria. En la sucesión legal o abintestato es más fácil apreciar el juego de las delaciones sucesivas pues se regula de acuerdo con el principio romano de la *successio graduum et ordinum* (arts. 922 y 923 CC) de manera que si ninguno de los parientes más próximos que están en primer término del orden de posibles sucesores no quieren (repudiación) o no pueden adquirirla (incapacidad para suceder) se produce la delación o llamamiento en favor de los que siguen en el orden de preferencia, así hasta el último grado donde se encuentra el Estado.

En la sucesión testamentaria el llamamiento sucesivo existe cuando el llamado en primer lugar no puede o no quiere suceder, en estos casos tiene lugar la delación en favor del sustituto (art. 774 CC), si estaba nombrado, o en favor de los intestados (art. 913 CC).

Que la delación sea sucesiva significa que no hay ofrecimiento efectivo y actual de la herencia, ni tampoco posibilidad de aceptarla o repudiarla, a favor de los llamados en segundo o posterior lugar hasta que no se extinga el llamamiento anterior preferente, por repudiación o por falta de capacidad sucesoria del sujeto llamado en primer lugar.

⁹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V-1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1975, p. 155.

La repudiación ha de ser *total para cada delación*, por consiguiente, cuando se repudia es obvio que ha de existir delación en virtud de la cual se concede el *ius delationis* donde se recoge la facultad de repudiar. La delación, como se ha apuntado, podrá ser simultánea, diferida o sucesiva respecto del momento de la apertura de la sucesión.

Cada delación es independiente y respecto de cada una la repudiación es libre y voluntaria (art. 988 CC).

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA PLURALIDAD DE LLAMAMIENTOS

El carácter indivisible de la aceptación y repudiación se ha estudiado siempre en relación a la problemática que plantea el supuesto de pluralidad de delaciones o llamamientos existentes respecto de una misma herencia; esto ocurre:

a) Cuando hay *pluralidad de sujetos llamados*: este caso no plantea problemas; la aceptación o repudiación no ha de ser unánime para considerarse total. Es principio fundamental de la sucesión «mortis causa» que la pluralidad de llamados determina, incluso a pesar de la posible disposición en contrario del testador, la de delaciones, independientemente de como hubiera sido configurado originariamente el título sucesorio (llamamiento conjunto o por cuotas) por el causante¹⁰. La decisión acerca de la procedencia de aceptar o repudiar, en virtud del llamamiento, a la herencia incumbe a cada uno de los llamados, aunque lo sean en virtud de un llamamiento conjunto¹¹. Esta solución es corroborada por el artículo 989 CC que proclama la voluntariedad y libertad de los actos de aceptación y repudiación, y el artículo 1007 CC que declara la independencia de cada llamado a la hora de ejercitar su *ius delationis* correspondiente.

b) Cuando hay *pluralidad de llamamientos respecto de la misma herencia en favor de un único sujeto*.

Primero. Advertencia: en este apartado se trata de concurrencia de llamamientos para suceder como heredero, o sea, sucesor a título universal excluyendo el llamamiento como legatario o sucesor a título particular donde, por otra parte, la delación no existe¹² o por lo menos no con idéntica naturaleza a la del llamamiento universal.

Se puede suceder como legatario y/o como heredero. El legatario adquiere cosas concretas desde el momento de la apertura de la sucesión, si bien se le concede el derecho de repudiarlas. Un mismo sujeto puede recibir varios legados de la misma sucesión con la libertad para repudiar

¹⁰ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 55.

¹¹ PUIG BRUTAU, (*op. cit.*, p. 233) dice: «en virtud de una misma delación».

¹² ALBADALEJO, (*Derecho Civil*, V-1.^a, Barcelona, 1979, p. 209): «el heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado (si bien, a éste no hay propiamente delación, sino adquisición con facultad de renunciarlo)».

unos y otros no, siempre que sean todos de la misma naturaleza, onerosos o gratuitos, pues si alguno fuese oneroso no se podrá renunciar exclusivamente a éste y adquirir los gratuitos (art. 890-I CC)

El heredero sucede al causante «en todos sus derechos y obligaciones» (art. 661 CC) que forman un único concepto: «la herencia» (art. 659 CC). Mientras que se puede hablar de «legados», en plural, la herencia es una sola y se participará en ella no en cosas determinadas sino en cuotas.

Una misma persona puede ser llamada como heredero y atribuirle, a su vez, uno o varios legados (se trata de la figura del «prelegado», art. 890 CC). No se trata propiamente de un supuesto de pluralidad de llamamientos al que se refiere este apartado del análisis del artículo 990 CC pues este precepto habla de la indivisibilidad de la aceptación o repudiación de la herencia, conjunto patrimonial, y no se trata de la del legado. De todas formas, el Código Civil también regula los supuestos de pluralidad de legados y la concurrencia de éstos con el llamamiento a heredero, determinando para este último caso la total independencia del, simultáneamente, instituido heredero y legatario para repudiar la herencia y aceptar el legado o viceversa (art. 890-II CC).

Segundo. Panorama de los casos posibles: la pluralidad de llamamientos sobre un mismo sujeto respecto de una única herencia puede presentar gran cantidad de variantes, así puede ocurrir que se trate de:

1. Llamamientos a distintas porciones de la herencia, que a su vez puede obedecer a:

a) Que el llamado lo haya sido por distintos fundamentos: testamento y abintestato.

b) Que el testador lo haya instituido en varias cuotas hereditarias separadas entre sí, bien expresando títulos o circunstancias diversas (instituido directamente, sustituto, condición suspensiva) bien sin ninguna particularidad.

A su vez, estos diversos llamamientos a cuotas distintas de la herencia pueden ser coetáneos, es decir, que coincidan y se mantengan vigentes durante un mismo período de tiempo o porque hayan nacido a la vez (simultáneos) o porque surgido uno posteriormente, el anterior ofrecimiento se mantenga actual. Pero pueden también no coincidir porque ya uno se haya extinguido cuando surja el otro.

2. Llamamientos a la misma porción de herencia o a la herencia entera. Caso que tiene lugar si el delado en cuestión es llamado por testamento y, sucesivamente, por ley, o si es llamado abintestato más de una vez¹³. Se trata siempre de delaciones sucesivas.

3. Supuestos muy discutidos:

a) El «llamamiento» legitimario: la legítima y la mejora.

b) El llamamiento conjunto: el derecho de acrecer.

¹³ ALBADALEJO, *op. cit.*, p. 87.

V. LLAMAMIENTOS INDEPENDIENTES DE UN MISMO HEREDERO A DISTINTAS PORCIONES DE HERENCIA

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

La ausencia de preceptos que regulen los casos en que a un mismo llamado a ser heredero se le defieran diversas porciones hereditarias (*ex pluribus portionibus*), hace sumamente arriesgado, en el régimen del Código Civil, sentar afirmaciones acerca de si hay que aplicar aquella regla del artículo 990 CC respecto a todos los llamamientos o cuotas en conjunto como si formaren una sola unidad, o si, por el contrario, actúa dicha regla únicamente respecto de cada delación, pudiendo por tanto aceptar unas y repudiar otras.

Cabrá referir la indivisibilidad de la aceptación o repudiación individualmente a cada llamamiento aislado, y no a la situación total del instituido heredero.

Hay que tener en cuenta que a la separación de los llamamientos se oponen, principalmente, escrúpulos técnicos nacidos de la unidad que el Código parece atribuir a la situación de heredero —que, por lo demás, carece de sólido fundamento—. Cuando la dualidad de delaciones está clara, ya por tratarse de distintos fundamentos de vocación, ya porque las cláusulas que en varios testamentos o en uno sólo atribuyen al heredero partes distintas de la herencia dejan presumir la voluntad del causante de llamar a porciones diferentes¹⁴.

Como se ha visto, la aceptación y la repudiación han de ser totales respecto de cada delación. Se repudiará, por tanto, una cuota independientemente de otra que esté deferida por delación diversa y autónoma. Hay que determinar, entonces, cuándo existen delaciones autónomas e independientes, es decir, cuándo las distintas cuotas en que se ve dividida la herencia y que puede adquirir el llamado en concepto de heredero universal, responden a una pluralidad de delaciones. Hay que determinar el *criterio de independencia de las delaciones*.

2. CAUSAS DE LA PLURALIDAD DE LLAMAMIENTOS

La diversidad de delaciones implica siempre la pluralidad de cuotas o porciones hereditarias, y aquélla puede nacer:

a) *De diversos fundamentos*: Testamentario y legal. El artículo 658 CC recoge la delación testamentaria —«la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento»— y la legal, abintestato o «legítima» —«por disposición de la ley»—. Y admite también la posibilidad de que una herencia se defiera parte por testamento y parte abintestato (último párrafo del art. 658 y art. 912.2.º).

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Barcelona, 1961, p. 176.

b) *De varias instituciones*¹⁵ o *títulos adquisitivos diversos*. El llamamiento a heredero o sucesor universal admite distintas modalidades y puede realizarse como instituido, como sustituto o bajo condición suspensiva. Roca Sastre¹⁶ habla de títulos adquisitivos hereditarios y distingue al heredero instituido principalmente del sustituto (llamado eventual de ulterior grado).

Como llamamiento independiente, por asimilación al de sustituto, se puede considerar el llamamiento condicional en general (pues la sustitución no es más que un llamamiento condicionado a la no adquisición del primer llamado); en ambos existe vocación desde el momento en que se abre la sucesión, pero la delación queda retardada y no adquiere su ordinaria eficacia (posibilidad inmediata de aceptar o repudiar, transmisibilidad) desde aquel momento, sino que en el caso del sustituto será la delación, subsidiaria al llamamiento frustrado del instituido principalmente; y en el caso del llamamiento bajo condición suspensiva queda subordinada la existencia de la delación al cumplimiento del evento en que consistía la condición.

3. ¿CUÁNDO ES ÚNICO EL LLAMAMIENTO A PESAR DE LA PLURALIDAD DE CUOTAS?

Como se ha afirmado, la diversidad de delaciones supone la pluralidad de cuotas o porciones de herencia, pero no viceversa, es decir, la pluralidad de cuotas no implica necesariamente la diversidad de delaciones. Así podría ocurrir:

a) Que existan varias cuotas según distintos fundamentos que obedecen a la misma causa. Hay identidad de causa cuando se produce:

– Delación hereditaria intestada doble: caso insólito en nuestro Derecho, ya que sólo con respecto al cónyuge se podría imaginar un llamamiento simultáneo abintestato como tal cónyuge y como pariente (descendiente o descendiente) del causante, y esto es imposible pues los grados en que concurren son concubinarios y, en ellos, no cabe matrimonio según el Código Civil¹⁷.

– Delación hereditaria testamentaria doble por pluralidad de testamentos: sólo es posible la coexistencia si el testador expresa en el último su voluntad de que el anterior subsista en parte, lo cual, en cierto modo, unifica el llamamiento a cuotas distintas¹⁸.

b) Que existan varias cuotas en virtud de un mismo título o institución: esto es, que una misma persona sea instituida heredero, por un único testamento, en varias porciones de la herencia. Caso infrecuente pero que

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 175.

¹⁶ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 53.

¹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, Madrid, 1982, p. 112.

¹⁸ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸ VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, I, *op. cit.*, p. 112.

tiene lugar si dispone el causante que deja a A media herencia y, que además le deja 1/4 más¹⁹.

4. SOLUCIÓN A LOS DISTINTOS SUPUESTOS

A) Criterio primordial: la voluntad del testador

Hasta aquí se ha expuesto cuándo y a qué obedece la independencia de llamamientos coetáneos a distintas porciones de una herencia en favor de un mismo sujeto. La independencia de llamamientos hace que el plurillamado sea dueño de aceptar o repudiar cada uno de ellos independientemente.

Pero el juego de todas estas reglas puede alterarlo la voluntad del causante tanto en el sentido de declarar separables las cuotas hereditarias aunque según aquéllas no lo sean, como declarar no separables los varios llamamientos que sí lo sean²⁰.

Hay que estar en cada caso concreto al criterio interpretativo basado precisamente en averiguar la intención del testador, presumiendo, según Lacruz Berdejo²¹, la voluntad del causante de hacer dos distintos llamamientos si, en cláusulas distintas de un mismo testamento (o de varios) atribuye a un mismo heredero partes distintas de la herencia.

B) Diversidad de cuotas hereditarias deferidas unas por vía testamentaria y otras abintestato en favor de un mismo sujeto

La posible coexistencia de la sucesión testada e intestada respecto de una misma herencia viene reconocida en diversos preceptos del Código Civil: artículos 658-III, 764, 912.2.º, 912.3.º

De esta posibilidad es un supuesto que cuotas deferidas unas por testamento y otras por ley lo sean a un mismo sujeto porque le haya instituido heredero el testador en parte de la herencia y la ley le llame a otra parte, bien porque el testador no dispuso de ella o bien porque se frustró el llamamiento a favor de otro sujeto.

La solución está en admitir la posibilidad de que el plurillamado pueda repudiar o aceptar independientemente las cuotas o porciones ofrecidas, pues las delaciones son independientes por tener distinto fundamento²².

No puede aceptarse la postura de Gitrama²³ que opina que «si se da la coincidencia de que el destinatario es único y el mismo para una cuota a la que es llamado *ex lege* y por otra a la que es llamado *ex testamento*, la

¹⁹ ALBADALEJO, *op. cit.*, p. 87.

²⁰ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 54. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 175. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, I, *op. cit.*, p. 113.

²¹ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 176.

²² MANRESA, *op. cit.*, p. 419. ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 54. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 172. ALBADALEJO, *op. cit.*, p. 87.

²³ GITRAMA, *op. cit.*, p. 81.

aceptación de una sola de ambas podría reputarse aceptación parcial ya que aceptar, desde el plano subjetivo, supone investirse de la cualidad de heredero, es decir, de continuador de la personalidad del difunto, y así aquél que en antedichos casos acepta, ya queda investido como heredero a todo evento».

Se trata de un razonamiento trasnochado procedente del Derecho Romano y que, como se ha expuesto en este mismo apartado, no es de aplicación al sistema sucesorio del Código Civil español donde el título de heredero adquiere un carácter patrimonial como título adquisitivo carente de carácter universal con respecto al activo del causante y limitado al contenido objetivo que éste le dio; por tanto, es evidente que no hay obstáculo para que una persona pueda adquirir diversas porciones de un mismo activo relicto.

Para aclarar la posición en favor de la autonomía de las delaciones testada e intestada refiriéndose a cuotas distintas de una misma herencia hay que acudir a su respectivo proceso genético y sus respectivas disciplinas²⁴.

En principio, se basan en distinta designación respecto del sujeto; una va dirigida a aquel que designó el testador sin otra razón que la de su voluntad; la otra recae sobre el sujeto que determina la ley según un criterio basado en el grado de parentesco. Probablemente tendrán una y otra diferentes destinatarios, cada uno de los cuales sólo es llamado a una parte y sólo a esa parte puede repudiar independientemente de lo que haga o pretenda hacer el otro. No hay razón por la que no se deba mantener esta autonomía e independencia de las cuotas ofrecidas por delaciones diferentes cuando, por casualidad, coincidan en el mismo sujeto.

Ambas delaciones son, asimismo, independientes en cuanto al momento de su génesis. Es posible que se defiera por uno de los fundamentos parte de la herencia y se ejerza el *ius delationis* derivado de esa delación que queda extinguida, y posteriormente, en favor de la misma persona, se produzca la delación por distinto fundamento a otra cuota de la misma herencia. En este caso en que las delaciones no coinciden en el tiempo vigentes (que no significa que sean sucesivas, es decir, que el origen de una se base en la extinción de la anterior) es obvia su autonomía, pues la respuesta que se dio a la primera no es válida para la que se produce posteriormente, por dos razones: primera, porque no se puede aceptar o repudiar hasta que no se esté cierto del derecho a la herencia, es decir, hasta que se haya verificado el ofrecimiento actual de la herencia o cuota hereditaria (art. 991 CC); segunda, porque se vulnerarían los artículos 988 y 1007 CC en cuanto se elimina la libertad del llamado atribuyéndole o impidiéndole adquirir (según la respuesta a la delación anterior) lo ofrecido por la delación actual. O, si se considerara que por parcial no fue válida la primera decisión, hasta qué punto no se infringi-

²⁴ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 176.

ría el artículo 997 CC donde se proclama la irrevocabilidad de la aceptación y repudiación que en su momento fueron completamente correctas.

Si este razonamiento conduce a proclamar necesariamente independientes las delaciones testamentaria e intestada, como se hace tan evidente en el caso de que no coincidan en el tiempo, nada impide seguir manteniendo esta autonomía si se da la casualidad de que sean contemporáneas y estén vigentes durante un mismo período de tiempo.

C) Concurrencia de cuotas hereditarias deferidas como instituido y como sustituto vulgar

En virtud del principio de la libertad para disponer *mortis causa* se admite que el testador establezca respecto de un mismo objeto (toda la herencia o una cuota) un orden en el llamamiento de varias personas, las cuales no son llamadas conjunta y simultáneamente sino sucesiva y subsidiariamente, unas antes que otras. El testador se vale de una condición negativa, *si heres non erit* (si no hereda A herede B), para instituir heredero a un sujeto, en virtud de la cual el ofrecimiento a éste de la herencia no será efectivo sino en el caso de que el llamamiento del primer instituido se frustre y se extinga. Mientras tanto, el sustituto sólo tiene la expectativa surgida de la vocación (simultánea al instante de la apertura de la sucesión) a ser sucesor, pero no tiene posibilidad, aún, aceptar o repudiar porque carece de *ius delationis*, derecho nacido del ofrecimiento actual y efectivo de la herencia, que no se ha producido todavía o incluso no se produzca nunca.

Se trata de una institución condicional²⁵ cuya condición, suspensiva negativa, consiste en el acontecimiento futuro e incierto de que no sea heredero el instituido en el primer llamamiento (*si heres non erit*). El llamamiento de un segundo heredero depende de que no llegue a serlo el primer llamado.

Como institución bajo condición suspensiva la delación surge cuando la condición se cumple, es decir, falta o se extingue la delación a favor del instituido. El llamamiento efectivo a ser heredero que surge en favor del que fue designado sustituto es independiente de cualquier otro que recaiga en la misma o en distinta persona, sea a título universal o particular.

Es necesario insistir en que no hay llamamiento a favor del sustituto hasta que la condición –*si heres non erit*– se cumple, y en este momento deja de ser contemplado en defecto de instituido para pasar a serlo en primer término.

Como señala Albadalejo²⁶, no hay un período durante el cual se es llamado como sustituto –antes del cumplimiento de la condición– y otro

²⁵ ALBADALEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, X-2.º, Madrid, 1984, p. 17.

²⁶ ALBADALEJO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 24.

en el que se es llamado como instituido –depués del cumplimiento–, sino que durante el primer período no se es llamado, y durante el segundo sí lo es como heredero.

En el supuesto de que, por haberlo dispuesto así el testador, sea una misma persona sustituto e instituido (heredero) en la misma sucesión respecto de diferentes cuotas o partes de la herencia, se pueden distinguir, una vez abierta la sucesión, varias situaciones:

Primera: Que coexistan delación hereditaria y vocación sustitutoria por no haber tenido lugar aún el hecho que condiciona el llamamiento del sustituto. Existen: la delación de instituido en la parte que haya dispuesto el testador y la vocación a la cuota respecto de la que es designado sustituto; por tanto solamente se podrá tomar la decisión de repudiar o aceptar la herencia ofrecida por el único llamamiento actual y efectivo que concede tal posibilidad representada en el denominado *ius delationis*, derecho nacido de la delación. Y esa decisión producirá el efecto correspondiente sobre la cuota que era su objeto. En el caso de repudiación, se rechazará la parte de la herencia sobre la que fue el sujeto instituido principalmente, por otra parte, la única ofrecida y, por tanto, respecto de la que se permite ejercitar las facultades de repudiar o aceptar (art. 991 CC).

La postura adoptada es claramente independiente de aquella que se podrá tomar una vez producida la delación fundamentada en la vocación de sustituto. No puede hacerse extensiva a la delación posterior intentando con ello salvaguardar lo dispuesto en el artículo 990 –la indivisibilidad–. Al imponerle la repudiación o aceptación que efectuó de acuerdo con otro llamamiento diferente se le está privando al, de nuevo y en otra cuota delado, de un derecho –el *ius delationis*– y además, se vulnera el principio de libertad que consagra el artículo 988 CC y el artículo 1007 CC.

Segunda: Que coincidan vigentes los dos llamamientos y sean ejercitables ambas delaciones en un mismo período de tiempo. Es el supuesto en que, subsistente la delación como instituido principal respecto de una porción de herencia, surta la delación a la cuota de la herencia en la que se le designó sustituto. El momento de tal coincidencia dependerá del hecho que motive el cumplimiento de la condición que suspendía los efectos de la vocación del sustituto y así la razón por la que instituido principal no llegue a ser heredero podrá ser: premoriencia, nulidad de la institución, incapacidad para suceder o repudiación.

En este supuesto se ofrecen dos porciones de la herencia a un mismo sujeto como heredero instituido en ambas. No hay que olvidar que mientras se es sustituto no hay llamamiento, y cuando se produce el llamamiento se deja de ser sustituto para ser instituido principal. El plurillamado podrá aceptar una cuota y repudiar la otra sin vulnerar lo preceptuado en el artículo 990 CC ya que la delación a favor del sustituto, afirma Albadalejo²⁷, es perfectamente distinta e independiente de cualquier otra,

²⁷ ALBADALEJO, *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), I, Madrid, 1991, p. 1878.

y sólo se encuentra ligada con la delación a favor del instituido –de la que también es perfectamente distinta– en cuanto que la inexistencia o extinción de la una depende la producción de la otra. Por eso, siendo a la vez instituido y sustituto en la misma sucesión se puede aceptar la parte que corresponda en el primer concepto y repudiar la que corresponda en el segundo.

D) Institución de heredero pura y bajo condición suspensiva

El Código Civil en el artículo 790 menciona la posibilidad de que el testador instituya heredero bajo condición suspensiva, especificando el principio general de la autonomía de la voluntad que rige las estipulaciones sucesorias.

Consiste la institución condicional en someter la eficacia de la designación testamentaria a que acontezca un hecho futuro e incierto establecido por el mismo testador. La consecuencia jurídica de una designación de esta índole es que mientras no se produzca el hecho o circunstancia futura e incierta no hay delación; la condición suspensiva retrasa la delación que tendrá lugar cuando se cumpla, si llega a cumplirse, la condición, y esto debido a varias razones:

Primera: La condición se impone a la institución o designación de heredero por parte del testador (art. 790 CC: «las disposiciones testamentarias... podrán hacerse bajo condición»). Es a la designación a la que se limita la eficacia haciéndola depender del acontecimiento incierto; siendo la delación efecto de la designación, y admitido que los efectos del negocio condicional no se producen sino cuando la condición se cumple, es evidente que hasta tal momento la institución no produce delación u ofrecimiento efectivo de la herencia.

Segunda: En la institución condicional la cualidad de heredero es incierta y la aceptación o repudiación, contenido esencial del *ius delationis*, están en estos casos explícitamente prohibidas por el artículo 991 CC²⁸.

Tercera: Pero no es que no haya certeza (certeza subjetiva a la que hace referencia el art. 991 CC) del derecho subjetivo, sino que no existe tal derecho a la herencia –*ius delationis*– como demuestra el texto del artículo 759 CC de donde se deduce que el instituido bajo condición suspensiva no adquiere derecho a la sucesión si no sobrevive al cumplimiento de la condición, y, por tanto, no lo puede transmitir.

Cuarta: La delación significa ofrecimiento de la herencia para que el instituido la pueda adquirir sin más que aceptarla; es un ofrecimiento actual para que, si quiere, se convierta ya en heredero mediante la aceptación. El llamamiento condicionado es un llamamiento virtual, no actual, por tanto, se tratará de vocación sin delación o delación retardada e

²⁸ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Designación mortis causa, vocación hereditaria y adquisición automática», en *Revista de Derecho Notarial*, 1959-II, p. 91.

incierto donde se contempla una designación vigente después de abierta la sucesión –vocación– sin delación simultánea.

No es correcto hablar en estos casos de «delación condicional», que en propiedad significa ofrecer la herencia condicionalmente, pues es tanto como no ofrecérsela, ya que lo ofrecido para si se da cierto caso, únicamente resulta ofrecido de forma real y actual si y cuando el caso se dé, y sólo desde entonces puede adquirirse. Luego la delación no admite por su propia esencia condición²⁹.

El testador puede instituir a un mismo sujeto en cuotas diferentes de la herencia de forma pura y condicionalmente, haciendo, de tal modo, independientes los llamamientos y, por ello, la respuesta del llamado respecto de cada uno. La independencia de estos llamamientos emana directamente de la voluntad del causante que es el que ha establecido (en testamento) las distintas circunstancias en las que al sujeto se le ha de ofrecer la herencia.

Una vez abierta la sucesión, la designación pura de heredero produce inmediatamente sus efectos: el ofrecimiento actual de la herencia, entera o en la cuota determinada.

La designación o institución condicional, una vez abierta la sucesión, puede plantearse en las siguientes situaciones:

- a) Que la condición se haya cumplido ya.
- b) Que se cumpla posteriormente pero vigente aún la institución pura.
- c) Que no se cumpla hasta después de haberse ejercitado el llamamiento puro y simple.

Resulta necesario admitir en este último supuesto la independencia de ambos llamamientos porque, indefectiblemente, producen dos delaciones, la pura y simple sometida tan sólo al hecho de la muerte del causante, y la otra, además, a la producción del hecho en que consiste la condición, no originándose hasta que éste tenga lugar. Ejercitado el «ius delationis» y extinguida la delación surgida del llamamiento puro y simple, puede ocurrir que se realice el evento que suspendía los efectos del llamamiento condicional y produzca la delación con el correspondiente ofrecimiento de la cuota hereditaria en la que se le designaba heredero, otorgándole al designado absoluta libertad para aceptarla o repudiarla sin atender a la decisión tomada anteriormente respecto de la delación surgida del llamamiento puro.

Esta misma solución –independencia de delaciones– ha de adoptarse para los supuestos en que ambas delaciones concurren vigentes en el tiempo, así, cuando al abrirse la sucesión se haya cumplido la condición o se cumpla en un momento posterior pero subsistente el llamamiento no condicional, se podrá repudiar la cuota deferida por uno de los llamamientos y aceptar la porción ofrecida en virtud del otro.

²⁹ ROCA SASTRE, «La designación, la vocación y la delación sucesoria», en *Estudios sobre Sucesiones*, I, Madrid, 1981, p. 144. ALBADALEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, X-1.ª, Madrid, 1987, p. 258.

Como último fundamento de la independencia de los dos llamamientos, puro y condicional, hay que alegar la voluntad del testador que así quiso disponer que distintas cuotas de la herencia se defirieran por separado y en distintas circunstancias a un mismo sujeto.

VI. LLAMAMIENTOS INDEPENDIENTES DE UNA PERSONA A LA MISMA PORCIÓN DE HERENCIA O A LA HERENCIA ENTERA

Según el Código Civil, no cabe una doble delación simultánea y eficaz al mismo objeto en base a diversos fundamentos sucesorios, así se deduce de los artículos 658.1 y 912 que sólo prevén la posibilidad de llamamientos sucesivos o subsidiarios, como ocurre entre la sucesión testada e intestada y en los diversos órdenes de suceder dentro de esta última que también se estructuran conforme a las reglas de prioridad y subsidiariedad³⁰.

Dentro de este ámbito de llamamientos sucesivos se puede producir la hipótesis de que coincidan en un mismo sujeto dos delaciones sucesivas, una respecto de la otra, a la misma herencia o porción de herencia, como ocurre cuando:

a) Repudiada la herencia por el designado en testamento, y abierta, en consecuencia, la sucesión intestada, sea él mismo declarado heredero por ser el pariente más próximo del causante. De este supuesto se ocupa, precisamente, el artículo 1009 CC.

b) Aquél a quien se llama abintestato más de una vez por coincidir en él doble parentesco repudie la herencia en virtud del llamamiento legal por ser pariente más próximo en grado. Si no hereda ningún otro pariente en este grado se ofrecerá la herencia a los de grado inferior entre los que se tendría que incluir a aquél que repudió. Esta posibilidad de doble llamamiento intestado, una consecuencia de la extinción del otro, no se prevé en la ley pero será de aplicación, por analogía³¹, la solución que expone el artículo 1009 CC para la hipótesis de repudiación del llamamiento testamentario.

La duda surge de si es admisible que se produzca el nuevo llamamiento sucesivo en favor de la misma persona que repudió el principal y que, precisamente, provocó la existencia de aquél.

Según este planteamiento no se ve cuestionado en ninguno de los dos casos el principio de indivisibilidad de la repudiación, porque de ninguna manera el delado repudiaría parte de lo que se le ofrece, sino que cada

³⁰ Según HERNÁNDEZ GIL, A. (*Lecciones de Derecho sucesorio*, Madrid 1971, p. 47). «Hay delaciones subsidiarias: cuando se hace un llamamiento en defecto de otro primeramente establecido. En la sucesión intestada se observa que los diversos órdenes de suceder se estructuran conforme a las reglas de prioridad y subsidiariedad».

³¹ ALBADALEJO, *op. cit.*, p. 87.

vez repudia –primero– y acepta (o repudia) –después– lo que cada vez le es ofrecido ³².

Tampoco se trata de concurrencia de llamamientos, ya que, si el llamamiento testamentario (o el intestado en grado preferente) es válido y agota la herencia (se acepta) no tiene lugar el llamamiento legal, y sólo cuando aquél se ha frustrado resulta vigente el subsidiario.

Sin embargo, el artículo 1009 CC se ha querido poner en relación con el artículo 990 CC y fundamentarlo en el carácter de indivisibilidad de la repudiación; opinión muy discutida que obliga a estudiar y esclarecer la hipótesis a que se refiere y que soluciona dicho artículo 1009.

El texto del artículo 1009 CC dice así:

«El que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.

Repudiándola como heredero abintestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste.»

En virtud de su sentido literal, no muy claro, se discute si se trata, de la atribución a idéntica persona de una misma herencia o cuota de ella por diversos fundamentos de vocación ³³, o regula, en verdad, la sucesión deferida en parte por testamento y en parte abintestato en que corresponda simultáneamente a un mismo sujeto dos porciones distintas, una a la que se le llama por ley y otra a la que le llama el testador.

Esta última hipótesis es la defendida por O'Callaghan ³⁴ y opina que el artículo 1009 CC en el caso de que concurren la sucesión testada e intestada, cuando el delado repudie la testada, queda repudiada toda la herencia. No se puede aceptar en parte, dice el artículo 990 CC, ni repudiar en parte, y si lo hace, este artículo 1009 CC, establece, según el autor, la sanción de imponer la repudiación total.

Sin embargo, no se puede sostener este razonamiento, primero, porque ya se ha visto y defendido con argumentos legales, la posición aceptada unánimemente por la doctrina, de acuerdo con el sistema sucesorio del Código, respecto de los llamamientos simultáneos por distinto fundamento a varias cuotas hereditarias, su independencia y consiguiente libertad del plurillamado para aceptar o repudiar cada uno de ellos. Y, segundo, resulta muy extraño que el artículo 1009 CC hable sólo de la repudiación y no mencione la aceptación como lo hace disyuntivamente en los artículos 988, 989, 990, 991, 992, 1004, 1005 y 1006 CC, lo que supondría que sí admite la aceptación parcial y no la repudiación parcial; pero incluso ésta también se admitiría, según el párrafo segundo del mismo artículo, cuando se repudiara el llamamiento intestado desconociendo el título testamentario, que se podría aún aceptar.

Sin duda el artículo 1009 CC no está regulando un supuesto de repudiación parcial ni su fundamento se encuentra en la indivisibili-

³² GITRAMA, *op. cit.*, p. 308.

³³ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 177.

³⁴ O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 2383.

dad que proclama el artículo 990 CC, sino que hay que interpretarlo de la siguiente manera: cuando dice «a una misma herencia» se debe entender que hace referencia a ofrecimientos sucesivos y subsidiarios de toda o de la misma cuota de herencia, supuesto donde cobra importancia la repudiación, pues uno de sus efectos es provocar el ofrecimiento de la herencia o cuota repudiada al siguiente llamado que corresponda. Así es de aplicación el artículo 1009 CC para el supuesto de que, precisamente, la repudiación del delado –ejerciendo el llamamiento principal– sea causa de que entre en vigor el llamamiento subsidiario en su mismo favor, con idéntica posibilidad de aceptar o repudiar lo mismo.

La repudiación al llamamiento testado produciría la actualización de la vocación intestada del repudiante y el ofrecimiento, de nuevo, de la herencia según la ley y no según la voluntad del causante; admitir que esto ocurra sería permitir, de alguna manera, que el sucesor disponga de los bienes del causante defraudando la voluntad de éste. La herencia se adquiriría de forma diferente a como lo quiso y dispuso el testador, hecho que se rechaza tanto por la ley que no admite ningún tipo de condicionamiento a la hora de repudiar o aceptar la herencia (art. 990 CC), como por la doctrina³⁵.

Según el artículo 1009 CC, entonces, no puede ser aceptada la herencia deferida abintestato si la institución testamentaria sobre esa misma herencia o cuota resultara ineficaz por la repudiación del designado en ella. Se evita que nazca la delación sucesiva –aunque literalmente dice «se entiende repudiada»– en favor del repudiante, eludiéndole y ofreciendo la herencia al resto de aquellos con vocación en el mismo orden intestado o en el siguiente si no hubiera ninguno; habrá que llamar a los demás parientes del mismo grado y no a él, y si era el único en grado, a los del grado posterior, sin sobrepasar el cuarto. Todo esto significa que «carece de delación»³⁶.

³⁵ SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil*, VI-3.ª, 2.ª ed., Madrid, 1910, p. 1849) opina que «es una desconsideración para la voluntad del testador, dando la preferencia a la presunta en que se fundamentaba el llamamiento de la ley sobre la expresa contenida en testamento, lo que carecería de lógica explicación, y además alteraría el orden de prelación que en los principios y en las leyes tiene la sucesión testada sobre la intestada». MANRESA (*op. cit.*, p. 514) admite como razón importante a lo dispuesto por el artículo 1009 que «el que renuncia una herencia que se le defiere por testamento, correspondiéndole por su renuncia la sucesión intestada, desprecia la voluntad del causante, y no merece ser sucesor». CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho Civil Español*, III, ed. revisada, Madrid, 1959, pp. 483-484) afirma que: «renunciando como heredero testamentario no puede aceptar como heredero abintestato por la desconsideración que envolvería para el testador desoír su llamamiento y atender el de la ley, dando preferencia a la voluntad presunta sobre la expresa, a la sucesión abintestato sobre la testamentaria». En el mismo sentido, GITRAMA, *op. cit.*, pp. 306-307, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 234.

³⁶ O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 2382.

VII. OTROS CASOS CONTROVERTIDOS

1. EL HEREDERO LEGITIMARIO

A) Planteamiento doctrinal

La Sección quinta del Capítulo II, Título III, Libro Segundo del Código Civil se titula «De las legítimas», y en el artículo 806 CC define la legítima como «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos». Esta definición del Código no es muy afortunada, ni tampoco útil para el estudio de la institución, pues no se corresponde con la regulación ulterior de tal figura.

La expresión «legítima» alude, en realidad, a un *quantum* proporcional a la fortuna del causante que con cargo a la misma, debe pasar o haber pasado necesariamente a personas próximas a él denominadas «legitimarios». Es «legítima», según Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida³⁷, la porción o cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de éste, a percibir a partir de su muerte si no se recibió en vida.

La expresión «herederos forzosos» para designar a los titulares del derecho de legítima tampoco es muy acertada. Tal denominación no ha de considerarse más allá de una impropiedad del lenguaje favorecida por los precedentes históricos y, desde luego, no podrá servir tampoco para imponer una supuesta regla según la cual el legitimario fuera necesariamente heredero, frente al real funcionamiento del sistema sucesorio del Código Civil, en el cual ningún precepto establece que la legítima haya de cumplirse por título de herencia, sino que, más bien al contrario, del artículo 815 CC se deduce la posibilidad de cumplir con la legítima por parte del causante por «cualquier título», y uno de ellos, es el de heredero. En este caso se dará en la misma persona la doble condición de legitimario y heredero.

El supuesto de heredero legitimario ha planteado la problemática de la repudiación y aceptación global e indivisible, es decir, si la repudiación del llamamiento hereditario lleva consigo la de la legítima, y la repudiación parcial e independiente de la herencia, por un lado, y la legítima, por otro.

Ante esta figura del legitimario que a la vez es nombrado heredero (por testamento o legalmente en la sucesión intestada) surge la duda de si cabe aceptar o repudiar la legítima con independenciam de la herencia, cuestión directamente relacionada con el artículo 990 CC y necesaria-

³⁷ LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1988, p. 442.

mente enlazada con una de las polémicas más difíciles de desentrañar en el Derecho Común: la naturaleza jurídica de la legítima.

Es abrumador el número de autores que han estudiado el asunto y la variedad de opiniones que se han vertido sobre él.

A los efectos de este punto (el de la indivisibilidad) es más apropiado orientar la polémica y el estudio de todas las posturas doctrinales tomando como referencia y criterio el juego de aceptaciones y repudiaciones de la herencia y de la legítima, según admitan o no su independencia, que es lo que ahora interesa desentrañar para averiguar el alcance del artículo 990 CC. Los autores que han admitido el juego independiente de la repudiación o aceptación de herencia y legítima lo han basado y defendido con muy diferentes argumentos.

El Proyecto de 1851 recogía en el párrafo segundo del artículo 822, después de afirmar que la aceptación o repudiación no podían hacerse parcialmente, que «la repudiación no perjudica a los que tengan derecho a porción legítima para reclamarla». Este párrafo, según el comentario que hace García Goyena³⁸, no era de necesidad, por entender el autor que la porción legítima es una deuda.

Dávila García³⁹ y Roca Sastre⁴⁰ defienden la idea de legítima como porción de bienes o de valor de bienes que el testador está obligado a dejar a aquellos sujetos legitimarios que pueden recibirla por distintos títulos y en formas diferentes: como heredero, por legado e incluso por donación *inter vivos*. En el caso de que se instituya heredero al legitimario se produce una incompatibilidad que resuelven ambos autores en favor del título hereditario afirmando que donde hay herencia no hay legítima⁴¹. Los títulos de heredero y legitimario no pueden darse en una misma persona, así el legitimario instituido heredero no tiene legítima, pues obtiene un título, más amplio, de sucesor en todo el *ius* del causante.

Ambos autores coinciden, de nuevo, en la posibilidad de renunciar y aceptar independientemente una de otra; Dávila García⁴² sin más razonamiento se basa en que legítima y herencia son dos aspectos de la sucesión distintos. Roca Sastre⁴³ se plantea que ante la evidencia de que, con la doctrina por él expuesta, el legitimario que llega a ser heredero puede resultar que obtenga una utilidad neta inferior al importe de la porción legitimaria que en otro caso adquiriría, es conveniente admitir que el legitimario llamado a heredar pueda repudiar la herencia conservando entonces la condición de «legitimatio»; y esto por la razón de que no puede considerarse en ningún caso, incluso cuando esté instituido por testamen-

³⁸ GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 213.

³⁹ DÁVILA GARCÍA, «Herederos y legitimarios (Donde hay herencia no hay legítima)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 1943*, p. 661 ss.

⁴⁰ ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la legítima (Teoría de la "debita pars valoris bonorum")», en *Revista de Derecho Privado 1944*, p. 185 ss.

⁴¹ DÁVILA GARCÍA, *op. cit.*, p. 670. ROCA SASTRE, «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 205.

⁴² Dávila GARCÍA, *op. cit.*, p. 670.

⁴³ ROCA SASTRE, «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 205.

to, que el título hereditario sea expresión de la porción legítima, pues ésta, frente a dicho título, desaparece, y el título de heredero supera todo contenido útil patrimonial.

González Collado y Crehuet Juliá parten de que la herencia no excluye ni elimina el título de legítima porque ésta se trata de una adquisición a título singular que tiene campo de acción tanto en la sucesión testada como intestada⁴⁴; o, según González Collado⁴⁵, se trata de una adquisición *ex lege* independiente de la sucesión que participa de una naturaleza jurídica distinta de la del heredero, y que en caso de converger se yuxtaponen conservando su autonomía absoluta; lo que permite un régimen de aceptaciones y repudiaciones que funcionan por separado.

González Palomino añade a los argumentos anteriores en favor del libre juego de aceptaciones y repudiaciones de herencia y legítima los siguientes:

a) El artículo 985 CC, regulando el acrecimiento, da a entender en el párrafo primero que el legitimario acepta la parte de legítima y repudia la de libre disposición, y que en el segundo párrafo se considera el caso inverso, que la parte repudiada es la de legítima y la aceptada es la de libre disposición⁴⁶.

b) La legítima constituye una delación independiente (*tertium genus*) de la testada e intestada, que se rige exclusiva y absolutamente, por las normas legales y le corresponde una opción separada de aceptación o repudiación⁴⁷.

Entre los autores que NO admiten el funcionamiento por separado de la repudiación/aceptación de herencia y legítima, es curioso advertir la presencia de autores que han defendido tesis tan contrapuestas respecto de la naturaleza de la legítima como Peña Bernaldo de Quirós y Vallet de Goytisolo, y que, sin embargo, coinciden en la inadmisibilidad de escisión del llamamiento sucesorio de heredero legitimario de manera que se pudiera repudiar la herencia y aceptar la legítima o viceversa.

Ya Casso y Viñas Mey⁴⁸ sostenían que el legitimario instituido heredero que renunciara a la herencia nada podía conseguir a título de legítima.

Esta idea es defendida por la mayoría de los autores que más recientemente han estudiado el problema de la legítima, pero sus fundamentos no dejan de ser muy dispares, así:

⁴⁴ CREHUET JULIÁ, «Algo sobre la legítima», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1948, p. 228.

⁴⁵ GONZÁLEZ COLLADO, «El legitimario no es sucesor», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado* 1946, p. 537.

⁴⁶ GONZÁLEZ PALOMINO, «El acrecimiento en la mejora», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado* 1950, p. 536.

⁴⁷ GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, pp. 538, 540.

⁴⁸ CASSO Y VIÑAS MEY, *Derecho Civil Español –del Código Civil y exceptuado–*, Madrid 1926, p. 490.

Ortega Pardo⁴⁹ y Peña Bernaldo de Quirós⁵⁰ mantienen que la legítima es atribuida directamente por la ley a título de heredero con carácter de tercer llamamiento, el de heredero forzoso, distinto del llamamiento voluntario y del llamamiento abintestato. El causante no podrá instituir legatario en su legítima al legitimario pues no se le puede privar de su calidad legal de heredero. Sí podrá el testador nombrar heredero al legitimario en testamento, éste no pierde su carácter de heredero forzoso, y coexistirán entonces en la misma persona, los títulos de heredero forzoso y testamentario. En este caso, si se renuncia a la herencia no se puede conseguir nada a título de legítima pues, según una razón poco convincente de Peña Bernaldo de Quirós⁵¹, el llamamiento forzoso no engendra un «ius delationis» independiente, sino que sus normas se integran siempre en la sucesión derivada, bien del testamento, bien de la ley.

En contra de la existencia de un llamamiento general primario, impuesto por la ley, de heredero forzoso, está la doctrina mejor razonada y más coherente que defiende la inseparabilidad del carácter legitimario que tenga el heredero o llamado a serlo por ley o por voluntad del causante.

Porpeta Clérigo⁵² se planteaba el supuesto en el que el titular de la legítima adquiriera juntamente con ella algo de la parte libre; y negaba la posibilidad, en Derecho Español, de aceptar la herencia y repudiar la legítima o, a la inversa, aceptar ésta y repudiar aquélla porque –y esta es su explicación– la legítima permanece embebida en la parte de la herencia que al legitimario se le adjudique, y todo intento de opción (aceptar o repudiar) separada respecto de ella chocaría ásperamente con la norma prohibitiva del artículo 990 CC.

Esta solución la prevé el autor para la situación de heredero forzoso que recibe un plus –por el llamamiento testamentario– sobre su cuota, pero nada dice respecto del caso en que reciba por herencia menos de lo que por legítima le correspondería.

Son Vallet de Goytisolo⁵³ y Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁵⁴ los que, modernamente, generalizan la imposibilidad del ejercicio autónomo de la alternativa repudiación-aceptación respecto de legítima y herencia, tanto para la hipótesis de que aquélla se vea sobradamente cumplida por ésta, como para el supuesto de que no resulte totalmente cubierta.

El legitimario, en principio, es titular del derecho a obtener un activo de bienes líquido que puede recibir por cualquier título (herencia, legado o

⁴⁹ ORTEGA PARDO, «Heredero testamentario y heredero forzoso», en *Anuario de Derecho Civil* 1950, p. 352.

⁵⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «La naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil* 1985, p. 865 ss.

⁵¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 869.

⁵² PORPETA CLÉRIGO, «Naturaleza jurídica de la legítima», en *Estudios de Derecho Sucesorio*, Colegio Notarial de Barcelona 1946, p. 149

⁵³ VALLET DE GOYTISOLO, «Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer» I-2.ª, Madrid 1974, p. 798. «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil* 1986, p. 38 ss.

⁵⁴ LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 453.

donación *inter vivos*), lo que se traduce, desde el punto de vista del causante, en un deber genérico de atribución al legitimario de esa mínima cuantía, prevista en la ley, por el título que tenga conveniente⁵⁵. No hay razón alguna, según lo previsto por el Código Civil, para entender que el legitimario tenga que ser necesariamente heredero. Que el derecho del legitimario a obtener determinada cantidad de bienes nazca de la ley con carácter imperativo, en modo alguno transforma sin más a la institución de heredero, o al legado, o a la sucesión intestada en un modo distinto de suceder⁵⁶.

Por tanto, no cabe, si la legítima se deja a título de heredero, repudiar la herencia y aceptar la legítima, porque esto excedería los propios límites de tal derecho que no comprende la elección del modo de satisfacción confiada al causante. No se puede separar de una parte la legítima y de otra la atribución destinada a satisfacerla; el deber «legitimatio» del causante se extingue al disponer una atribución suficiente, y no revive por el hecho de que la disposición se repudie⁵⁷.

Ahora bien, si a pesar de la institución de heredero se comprueba la infracción de la cuantía o de la intangibilidad cualitativa de la legítima, la condición de heredero no elimina la de legitimario, pues son categorías que se hayan en planos distintos, y se autoriza, entonces, a modificar las vocaciones testamentarias o abintestato, reducir donaciones o legados, anular gravámenes impuestos en el testamento e impugnar transmisiones fraudulentas o simuladas (pedir el «complemento», según la redacción del art. 815 CC).

B) Interpretación de los artículos 985 y 833 CC

Existen en el Código Civil dos preceptos que según están redactados parecen admitir la posibilidad de repudiar la herencia y aceptar la legítima, son el artículo 985 que trata del acrecimiento, y el artículo 833 sobre la mejora. Ambos artículos requieren una interpretación de acuerdo con el sistema sucesorio que recoge el Código Civil.

«El artículo 985 establece: *Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño.*

Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio y no por el derecho de acrecer.»

Del texto del párrafo segundo parece deducirse que un heredero forzoso puede repudiar la parte que le corresponda en la legítima y aceptar la otra parte de la herencia que no lo es. Sin embargo, lo que el legislador ha querido decir, según interpreta Albi Agero⁵⁸, es que si un heredero for-

⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO, «Observaciones...», *op. cit.*, pp. 56, 59.

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 461.

⁵⁷ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 464, nota núm. 9.

⁵⁸ ALBI AGERO, «Derecho de acrecer entre los herederos forzosos», en *Revista de Derecho Privado* 1942, p. 116.

zoso repudia la herencia tendrá lugar el derecho de acrecer en cuanto a la participación que le correspondería en la parte libre, pero no en cuanto a lo que le corresponda en la legítima que pasará a los demás legitimarios por derecho propio.

Niega este artículo el juego del derecho de acrecer en la legítima, advirtiendo que sólo se producirá respecto de aquella parte de la herencia que no sea legítima.

El artículo 833 CC dice así: «El hijo o descendiente mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora».

La exacta comprensión de este precepto requiere una explicación, pues la mera lectura aislada puede hacer caer en el error de creer que se admite la repudiación parcial de una herencia en la que se instituyó heredero a un sujeto que además fue mejorado.

La mejora, hay que afirmar en primer lugar, es legítima, pues forma parte de los dos tercios de asignación únicamente posible a alguna o algunas personas integrantes de un grupo familiar, los descendientes; pero se contrapone a la legítima estricta en que, en el tercio correspondiente a la mejora el causante puede elegir al asignatario, y no sólo entre los legitimarios inmediatos sino también entre los ulteriores. Es una facultad que se concede al ascendiente y no una necesidad (art. 833 CC, art. 808-II CC), de tal manera que si no la ejercita, ambos tercios el de legítima estricta y el de mejora quedarán refundidos en un solo bloque, el de legítima, que beneficiará a los legitimarios por línea recta descendente, quienes recibirán la parte que les corresponda de los dos tercios distribuidos por igual entre todos ellos⁵⁹.

La ley concede al ascendiente causante amplia libertad para disponer del tercio de mejora que la podrá constituir por negocio *inter vivos* (arts. 825, 826 y 827 CC), aunque lo ordinario será que se establezca en testamento que, a su vez, admite la posibilidad de atribuirla a título de heredero o de legado.

Aunque la doctrina tradicional vino concibiendo la mejora como una disposición a título particular, no hay legalmente dificultad, dice Lacruz Berdejo⁶⁰, en mejorar mediante atribución de herencia, es decir, conferir una cuota de la herencia a un descendiente instituido heredero como parte de la institución y con imputación al tercio de mejora. En este último supuesto la herencia engloba la mejora de tal forma que la repudiación de la herencia entraña necesariamente la renuncia de la mejora, ya que la unidad del llamamiento —a heredero— no puede romperse arbitrariamente por el llamado^{61, 62}.

⁵⁹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, v. 3.º, 3.ª edic., Barcelona 1983, p. 46.

⁶⁰ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 473.

⁶¹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, v. 3.º, *op. cit.*, p. 72. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XI, 2.ª edic., Madrid 1982, p. 438.

⁶² En contra, ROGEL VIDE («Renuncia y repudiación de la herencia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1980, p. 341), que admite la posibilidad de renunciar a la herencia y aceptar la mejora incluso cuando ésta se haya constituido por vía de institución de heredero.

El artículo 833 CC hay que entenderlo⁶³, por tanto, referido a los casos de mejora realizada *inter vivos* o por prelegado en favor de un descendiente, instituido, además, heredero; en concreto, cuando el descendiente haya sido instituido heredero y al mismo tiempo el ascendiente causante haya ordenado a su favor un legado en concepto de mejora, podrá aquél repudiar la herencia y aceptar el legado de mejora, o viceversa, que no es más que la aplicación del criterio recogido en el artículo 890-II CC.

2. EL LLAMAMIENTO CONJUNTO: EL DERECHO DE ACRECER

A) La institución solidaria de herederos

Ya se ha visto que en una misma sucesión pueden existir varios llamados a ser herederos, y que, respecto de cada uno, el artículo 1007 CC establece la independencia de sus declaraciones –aceptación o repudiación– porque responden, cada una, a una delación personal distinta, ejercitable libre, voluntaria e individualmente por cada uno de ellos.

Sin embargo, no todas las situaciones de collamados responden a un mismo tipo de llamamiento, sino que se puede diferenciar aquella delación derivada de una designación aislada o *pro parte*⁶⁴ y la delación basada en una institución conjunta⁶⁵.

La institución de varios sujetos herederos de forma aislada o *pro parte* produce delaciones independientes, pues se ofrecen cuotas de herencia diferentes (objetos distintos de delaciones distintas) a distintos sujetos, de tal manera que a falta de sustituto expresamente nombrado respecto de la cuota no adquirida por el destinatario principal, se abre la sucesión intestada, y se ofrecerá dicha porción hereditaria a los herederos abintestato con el correspondiente derecho a optar –*ius delationis*– entre acertarla o repudiarla. Y en el caso de que el llamado por ley coincida que es, también, uno de los collamados en el testamento, podrá ejercitar independientemente cada *ius delationis* nacidos de delaciones diferentes y compatibles (una surgida de designación voluntaria por el testador, y otra de designación presunta, por la ley); y así, será factible que repudie una cuota hereditaria y acepte la otra sin que se considere parcial ninguna de ellas, ya que la totalidad de la repudiación se exige respecto de cada ofrecimiento o delación que, en este supuesto, es plural.

La institución de una pluralidad de sujetos como herederos conjuntamente –institución solidaria– significa que se llama a todos ellos poten-

⁶³ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 178. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, v. 3.º, *op. cit.*, p. 72. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 438. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 473.

⁶⁴ Terminología que emplean LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁵ PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, v. 2.º, 2.ª edic., Barcelona 1977, p. 375) habla de «institución conjunta». ALBALADEJO (*op. cit.*, p. 104) le denomina «institución solidaria». BELTRÁN DE HEREDIA, P. (*El derecho de acrecer*, Madrid 1956, p. 71) utiliza el término «vocación solidaria».

cialmente al todo, atribuyendo la ley una delación solidaria en virtud de la cual se ofrece el total de la herencia o el total de una cuota, a cada uno de los collamados, de tal modo que, pretendiendo que todo sea para cada uno de coherederos designados, al ser varios no se puede más que reducir a una parte lo que les corresponde a cada cual, pero con espíritu de que lo que quede vacante por falta de alguno sea para los otros, hasta el extremo de que si es uno solo el que sucede, sea todo para él⁶⁶.

Pero, concurriendo más de uno a suceder, es consecuencia inescusable la formación de porciones que, no viniendo establecidas ni por voluntad del causante ni por la ley que las asignen como tales partes delimitadas a personas diversas, traen su causa en el concurso de sucesores —*concursum partes fiunt*— de tal manera, que eliminado este concurso o concurrencia de herederos, cesa de haber partes o disminuye el número de éstas⁶⁷.

Es llamamiento conjunto o solidario el que hace la ley en la sucesión intestada cuando existan dos o más parientes que sean del mismo grado (arts. 922 y 981 CC)⁶⁸; y, en la sucesión testada, el que se produce siempre que el disponente llame como herederos a varios sujetos y no sean instituidos cada uno en una parte concreta o cuerpo separado de bienes de la herencia (arts. 982.1º y 983 CC)⁶⁹.

Vigente el concurso en el momento de la delación, es decir, al tiempo del ofrecimiento efectivo de la herencia a partir del cual se puede ejercitar el *ius delationis*, la repudiación o la aceptación han de ser totales respecto del objeto ofrecido por la delación que, al ser solidaria, implica un derecho al todo (herencia entera o una cuota), y repudiando, se rechaza no sólo la parte de la herencia resultante de dividirla entre todos los instituidos, sino todas aquellas que resulten vacantes por haber fallado sus destinatarios.

B) El denominado «derecho de acrecer» y su renunciabilidad

Efecto principal y específico de la institución solidaria es el acrecimiento. Consiste en que cuando alguno de los llamados a la misma cuota hereditaria o a la misma herencia global no llegue a adquirir, ni tiene sustituto al que le corresponda ocupar el puesto que viene a quedar vacante, los

⁶⁶ ALBALADEJO, «La delación solidaria», en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, III, Madrid, 1977, p. 276.

⁶⁷ Viene expresada esta idea de forma muy clara en el *Digesto* 32, 80, donde se dice: «Instituir herederos conjuntamente consiste en dar a cada uno herencia entera, aunque se lo repartan los que concurren». En este mismo sentido, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla 1951, p. 65. ALBALADEJO, «La delación...», *op. cit.*, p. 276. ROCA SASTRE, «El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho sucesorio y fuera de él», en *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid 1948, p. 225. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁸ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, v. 2.º, *op. cit.*, p. 390.

⁶⁹ ALBALADEJO, («La delación...»), *op. cit.*, pp. 288-289 opina que ésta es la solución adoptada por el Código Civil según el espíritu del artículo 983.

demás derechos concurrentes no desaparecidos «crecen», es decir, el o los llamados que acepten podrán adquirir el todo o una cuota superior a la que resultaría del concurso de los instituidos si todos hubieran aceptado⁷⁰.

Esta consecuencia derivada de la institución conjunta o llamamiento solidario es denominada por el Código Civil (arts. 981 a 987) y la doctrina «*derecho de acrecer*»; expresión incorrecta por cuanto se colige de su estudio que no se trata de un derecho sino de un resultado⁷¹ o un efecto necesario⁷² que se produce por la vacante de un sujeto llamado heredero en institución solidaria.

La falta de de sucesor significa una vacante en el puesto de coheredero, vacante de persona⁷³, no de cuota o porción, que puede ser consecuencia de distintos hechos acaecidos en momentos diversos. Los acontecimientos que recoge el Código Civil productores de vacante en el puesto de sucesor son los de premoriencia al testador, de incapacidad (e indignidad) para suceder y el de repudiación de la herencia (art. 982.2º CC), a los que la doctrina⁷⁴ añade el no nacimiento del concebido, la ausencia de algún heredero conjunto al tiempo de la delación (art. 191 CC), el incumplimiento de la condición suspensiva (arts. 802, 912.3º CC) y por analogía, el cumplimiento de la condición resolutoria⁷⁵, la nulidad del llamamiento de uno de los instituidos conjuntos, e incluso, la prescripción del *ius delationis*.

Hay que advertir que la muerte de uno de los llamados tras la apertura de la sucesión sólo producirá vacante si aún no recibió delación, pues recibida ésta, su puesto lo ocuparán, en virtud del *ius transmissionis* (art. 1006 CC), sus sucesores.

En síntesis, existe vacante según expresa el Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, 30 de diciembre) en el artículo 38 «si por cualquier causa» alguno de los instituidos conjuntamente herederos, no llega efectivamente a serlo.

De esta relación de hechos se sigue que la falta de sucesor en unos casos se da porque no llegó a recibir delación (casos de premoriencia, indignidad o incumplimiento de la condición suspensiva) y en otros a pesar de haberla recibido (supuesto de repudiación). El momento de pro-

De la comparación del texto de ambos artículos, 982.1º y 983, deduce VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, I, *op. cit.*, p. 123) «la diferencia que media entre el llamamiento concreto a una parte o cuota para cada uno, y el llamamiento conjunto al todo con designación de parte alcuota de distribución».

⁷⁰ Es posible que la concurrencia nacida de la institución conjunta hubiera desaparecido por muerte, indignidad o incapacidad para suceder de todos los instituidos menos uno y, por tanto, sólo se llega a producir la delación respecto de éste y el consiguiente crecimiento efectivo de la herencia o del total de la cuota en la que fueron instituidos solidariamente.

⁷¹ GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, p. 533.

⁷² ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 216. BELTRÁN DE HEREDIA, P., *op. cit.*, p. 72.

⁷³ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 216. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, V, 4.ª edic., Madrid 1993, p. 220.

⁷⁴ O'CALLAGHAN, *Compendio...*, *op. cit.*, p. 221. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 111. BELTRÁN DE HEREDIA, P., *op. cit.*, pp. 109 ss. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 216, 217.

⁷⁵ OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid 1957, p. 325.

ducirse la vacante realmente cobra importancia en relación al sujeto beneficiado del acrecimiento ya que éste puede ser consecuencia de hechos acaecidos antes de la delación y aún de la apertura de la sucesión a su favor, o puede surgir de acontecimientos producidos después de la delación y vigente ésta; y, por último, puede ser originado por un hecho posterior a la aceptación o repudiación del collamado.

El Código Civil no aclara si el acrecimiento es forzoso o voluntario para el collamado como sí lo regulaba expresamente el Proyecto de 1851 en el artículo 846.3º, y actualmente el Código de Sucesiones de Cataluña en el párrafo cuarto del artículo 38-IV.

Sin embargo, se colige de la naturaleza de la delación solidaria así como de las otras normas que el Código Civil le dedica, que el acrecimiento, en todo caso de vacante, sea el momento que sea, y salvo que el disponente lo excluya expresamente, se produce *ope legis* automática y forzosamente para el heredero sin necesidad de intervención de su voluntad y aun contra ella, como efecto intrínseco al concepto de institución solidaria. Aquel collamado que haya ejercitado su delación –solidaria– ha repudiado o aceptado cualquier contenido que pueda tener la cuota con el anterior o ulterior acrecimiento; por eso no hace falta, afirma Albaladejo⁷⁶, una aceptación del crecimiento aparte de la aceptación inicial, ni sirve una repudiación del mismo cuando se aceptó la «cuota inicial», ni vale una aceptación del crecimiento si se repudió la cuota inicial; porque la aceptación o repudiación versaron en verdad sobre una cuota única, que eventualmente podría ser mayor (si se llega a producir el acrecimiento) o menor (cuando no se produzca).

De esta opinión es la totalidad de los autores más actuales que, ante lo confuso del Código, mantiene que es forzoso el acrecimiento, opinión que ha sufrido una evolución doctrinal como pone de manifiesto Moreno Quesada⁷⁷.

Según la doctrina tradicional recogida y estudiada por este autor⁷⁸, el acrecimiento constituye un derecho, así lo califica el Código, y todo derecho, por regla general, es renunciabile. Desde este punto de vista se distingue, por tanto, la cuota o patrimonio heredado por derecho propio y la porción o patrimonio heredado por «derecho de acrecer», que constituyen partes distintas de la herencia que se podrán aceptar o repudiar independientemente.

Frente a esta doctrina es desmantelado su argumento de la denominación por el Código del acrecimiento con la categoría de derecho que considera Royo Martínez⁷⁹ «puro nominalismo, pues no es menos cierto que al referirse al acrecimiento hereditario usa siempre un lenguaje absoluta-

⁷⁶ ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 128-129.

⁷⁷ MORENO QUESADA, «Un caso de evolución doctrinal: la renunciabilidad del derecho de acrecer en la sucesión testamentaria», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, VII, Madrid 1988, pp. 450 ss.

⁷⁸ MORENO QUESADA, *op. cit.*, pp. 455-456.

⁷⁹ ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 69.

mente imperativo que no descubre el menor vestigio de otorgar un derecho potestativo o de reconocer una facultad».

Se aportan también otros razonamientos, en pro de la irrenunciabilidad del acrecimiento, que tienen su principal apoyo en el concepto de delación solidaria. Esta particular estructuración del llamamiento hereditario cuyo último origen es siempre la voluntad del causante (expresa, tácita o presunta) implica una delación única a un todo posible. No se producen delaciones a cuotas independientes de manera que, aunque los distintos llamados tengan libertad de aceptar o repudiar voluntariamente en virtud de los artículos 988 y 1007 CC, no significa que la desaparición de uno de ellos suponga un nuevo llamamiento de los demás a esa porción que no se adquirió, sino que dicha porción había quedado virtualmente ofrecida por el llamamiento único potencial al todo. Así:

Primero. Es única, también, la facultad de opción (aceptación o repudiación que versarán sobre cualquier contenido que puede tener la cuota), teniendo en cuenta que la eventual extensión del llamamiento en que consiste el derecho de acrecer existe desde la apertura de la sucesión y no es una pretensión a un «plus» nacida en el momento de faltar un collamado⁸⁰.

Segundo. El objeto que se ofrece participa de la incertidumbre de que el acrecimiento se produzca o no sin impedir que el error del aceptante o repudiante que admitió o rechazó la parte inicial de la herencia y luego se encuentra, además, con la crecida, o con que por haber rechazado aquélla no le corresponde también ésta (y, de haber sabido que le correspondería habría aceptado la primera), no constituye vicio de la voluntad que invalide el acto (art. 997 CC), pues, en primer lugar, no se trata más que de una de las muchas incertidumbres que implica aceptar o repudiar una cuota en una *universitas* abstracta que puede deparar sorpresas favorables o adversas en su resultado económico. Y, en segundo lugar, que el interesado puede evitar verse sorprendido por el resultado del acrecimiento si espera antes de emitir su declaración a que los demás collamados hayan tomado o rechazado la herencia, para lo que se le permite, además, que inste a éstos a que se decidan utilizando la institución denominada *interrogatio in iure* que recoge el artículo 1005 CC.

Esta solución de irrenunciabilidad del derecho de acrecer y, por tanto, de la inseparabilidad de cuotas –propia y acrecida– y de sus respectivas aceptaciones o repudiaciones, es la que acogió expresamente el Proyecto de 1851 en el artículo 816.3.º, que decía: «el coheredero o coherederos no pueden aceptar su parte personal y renunciar la que acrece, ni al contrario»⁸¹ y la que recogen los textos vigentes de Derecho Foral que tienen la misma construcción del acrecimiento que el Código; así la Compilación de Navarra establece en la Ley 312-2.º que «el derecho de acrecer no

⁸⁰ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 70.

⁸¹ Precisamente por no haberse adoptado la solución del Proyecto de 1851, el silencio del Código puede ser utilizado como argumento para la renunciabilidad del acrecimiento, según expone MORENO QUESADA (*op. cit.*, p. 454).

puede ser renunciado separadamente de la herencia»; y el moderno Código de Sucesiones de Cataluña en el último párrafo del artículo 38 dice: «El heredero que acepte la cuota de herencia que le corresponda directamente adquirirá la que acrece a su favor».

VIII. EFICACIA DE LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN PARCIAL

El Derecho Romano respecto de la repudiación parcial no establecía directamente efecto alguno, sin embargo, por su interdependencia con la aceptación parcial, pues donde sólo se repudia en parte el resto se acepta, y considerando equivalente dicha aceptación a una aceptación íntegra⁸², la repudiación en parte daría lugar, paradójicamente, a una aceptación global de la herencia.

El Código Civil no prevé en el escueto artículo 990 una consecuencia para la aceptación o repudiación realizada parcialmente, simplemente se limita a decir que «no podrá hacerse en parte». Es decir, establece la prohibición de aceptar o repudiar en parte, se trata, entonces, de una norma imperativa cuya infracción producirá la nulidad absoluta del negocio jurídico –la aceptación o la repudiación parcial– que vaya contra la misma, por aplicación del artículo 6.3º CC que preceptúa que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención⁸³.

La ineficacia de la repudiación parcial derivada de su nulidad, se produce *ipso iure* y *ex tunc*, sin posibilidad de convalidarla, considerándose como no hecha y permaneciendo, entonces, vigente la delación, si no se ha extinguido por otras razones, con las posibilidades de aceptar y repudiar correctamente.

⁸² *Digesto*, 28, 2, 10: «Si el que fue instituido heredero en toda la herencia hubiera decidido tomar una parte de la herencia, se entiende que hizo gestión de heredero en toda ella».

⁸³ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 282. ALBALADEJO, en notas a CÍCU, *Derecho de sucesiones. Parte General*, Barcelona 1964, p. 348. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 114. GITRAMA, *op. cit.*, p. 85. O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 2355.

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. ASOCIACIONES. Se procede a su regulación en Cataluña

Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997, de 18 de junio («BOE» del 24 de julio).

En el preámbulo de la Ley objeto de presentación ni siquiera se ha considerado necesario aludir al título competencial que habilita a la Comunidad Autónoma de Cataluña para regular las asociaciones y el Registro llamado a publicar la existencia de las mismas. Se ha considerado que basta con invocar la obsolescencia de la Ley estatal de 1964, la tradición del hecho asociativo catalán, las anteriores experiencias legislativas de la Comunidad Autónoma en relación con determinados tipos asociativos –deportivas, culturales o de consumidores, entre otras–, y el Real Decreto 3526/1981 sobre traspaso de servicios del Estado a la Generalidad en materia de asociaciones. Todo ello por si aún queda alguna duda sobre lo inadecuado que resulta continuar planteando el debate competencial en términos lógico-jurídicos.

El contenido concreto de la Ley autonómica, de aplicación a las asociaciones que tienen el domicilio y desarrollan sus actividades principalmente en Cataluña, puede glosarse del siguiente modo:

– La Ley parte de la tradicional consideración de las asociaciones como unión de tres o más personas, sin ánimo de lucro, para la consecución de finalidades comunes –que pueden ser de interés general o particular.

– La constitución de la asociación se produce en virtud de acta pública o privada, cuyo contenido mínimo se relaciona en el artículo 4.3. En

* Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el tercer trimestre de 1997.

efecto, del contenido de los artículos 9 y 11.2 de la Ley se deduce con toda claridad que la inscripción en el Registro de Asociaciones de la Generalidad de Cataluña no es un requisito constitutivo. Sin embargo, y de acuerdo con el artículo 11.1, «Quienes actúan en nombre de una asociación no inscrita responden personal y solidariamente de las obligaciones contraídas con terceras personas por parte de cualquiera de sus asociados o asociadas que haya manifestado actuar en nombre de la colectividad. En todo caso, esta responsabilidad solidaria debe aplicarse a los promotores o fundadores de la asociación y a aquellos que hayan establecido cualquier relación jurídica con terceras personas atribuyéndose la representación de la asociación».

La responsabilidad mencionada cesa –de acuerdo con el artículo 11.2– si la inscripción se solicita en el año posterior a la constitución de la asociación y ésta acepta las obligaciones resultantes en los tres meses posteriores a la inscripción –por lo tanto hay que deducir que la asociación, aun ya constituida, no responde de obligaciones contraídas con terceros por asociados que manifiestan actuar en nombre de aquella.

– Los aspectos relativos a la inscripción registral de las asociaciones y a sus requisitos se desarrollan en el artículo 9 de la Ley –se exige escritura pública cuando exista aportación de bienes inmuebles, alguno de los integrantes sea persona jurídica o la asociación recurra a la captación pública de fondos.

– El régimen de impugnación de los acuerdos de la asamblea parte de diferenciar entre los actos contrarios a las leyes, estatutos o que lesionen los intereses de la asociación en beneficio de asociados o terceros –anulables en el plazo de un año a instancia de cualquier persona que acredite un interés legítimo–, y los demás acuerdos –impugnables por los asociados asistentes que hicieran constar su oposición al acuerdo, los ausentes, los que fueran privados ilegítimamente del derecho de voto y los miembros del consejo de gobierno, siempre que la acción sea ejercitada dentro de los cuarenta días siguientes a la adopción del acuerdo.

– La Ley también regula la competencia, estructura y funcionamiento del órgano de gobierno –al cual se atribuye el gobierno, gestión y representación de la asociación dentro y fuera de juicio–, así como el nombramiento, separación y responsabilidad de los miembros de dicho consejo y la documentación e impugnación de sus acuerdos.

– En los aspectos relativos a la disolución y liquidación de la asociación, resulta destacable el establecimiento de una relación sistemática de las causas de disolución –entre las cuales se contempla, con carácter genérico, la «Resolución judicial firme»–, la obligación del órgano de gobierno o de los liquidadores, en su caso, de promover el concurso de la asociación ante el Juez competente –respondiendo solidariamente ante los acreedores de la asociación por los daños derivados de la demora injustificada en dicha solicitud–, y el establecimiento del régimen básico aplicable a la liquidación de la asociación y al destino de los bienes sobrantes –el que se haga constar en los Estatutos, que nunca puede

consistir en el reparto de los bienes entre personas asociadas o cualquier otra persona física jurídica con ánimo de lucro a excepción de las aportaciones condicionales, y, en ausencia de previsión estatutaria, la realización de finalidades análogas en interés de otras entidades sin ánimo de lucro.

– En el capítulo VII, denominado «Relaciones con la Administración» se regula la declaración de utilidad pública, se establece el deber que compete a las administraciones públicas de Cataluña en relación con el fomento del asociacionismo y los principios a que debe someterse la concesión de subvenciones y otras ayudas económicas a las asociaciones de interés general. Por último, en el capítulo VIII, se procede a establecer las peculiaridades aplicables al régimen jurídico de las asociaciones juveniles y a otras asociaciones de carácter especial.

DERECHO DE OBLIGACIONES

2. **CONTRATOS RELATIVOS A LA TELEVISIÓN DE PAGO. Se modifica parcialmente la Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector**

Real Decreto-ley 16/1997, de 13 de septiembre («BOE» del 15).

Mediante la presente disposición se pretende conseguir que los descodificadores comercializados permitan acceder a todos los servicios de televisión de pago suministrados por los distintos operadores, imponiendo que los mismos sean inmediata y automáticamente abiertos y compatibles, bien por sus características técnicas, o mediante un acuerdo entre los operadores.

Para lograr esa finalidad, relacionada con la protección de los consumidores y el fomento de la competencia entre operadores, se atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las siguientes competencias:

– Aprobar los modelos de contratos que distribuidores y operadores celebren con los usuarios para el uso de dichos descodificadores y para la prestación del servicio de televisión de pago.

– Autorizar previamente todos los contratos que celebren los operadores entre sí respecto del uso compartido de sistemas y descodificadores que no sean técnicamente abiertos y compatibles.

– Establecer, a instancia de cualquier operador, las condiciones razonables que garanticen el carácter inmediata y automáticamente abierto y compatible de los sistemas y descodificadores y controlar el cumplimiento de dichas condiciones. A tal fin puede incluso imponer el régimen aplicable al uso compartido de los descodificadores que no sean técnicamente abiertos, cuando no se haya llegado a un acuerdo

entre los operadores, y también exigir a los distribuidores que informen del carácter técnicamente abierto o no de los descodificadores y, en este último caso, de la existencia o inexistencia de acuerdo entre los operadores.

Además, la Ley impone que en los contratos celebrados con los usuarios –y que han de ser aprobados por la Comisión– se haga constar si el carácter abierto y compatible de los codificadores y sistemas ofrecidos deriva de sus condiciones técnicas, o requiere su adaptación o un acuerdo entre operadores y si ese acuerdo se ha producido.

Los operadores y los usuarios pueden ejercitar las acciones que estimen pertinentes para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos, por sí mismos o a través de las asociaciones que les representen.

Sin embargo, resulta desafortunada la redacción del apartado número 3 del artículo único del Real Decreto-ley, por cuanto establece que «no tendrán efecto alguno los contratos que los distribuidores y los operadores celebren con los usuarios, ni los que lleven a cabo los operadores entre sí, sin cumplir lo previsto en los apartados 1 y 2 de este artículo» –aprobación de la Comisión y constancia del carácter compatible o no–. La nulidad radical resulta un remedio poco adecuado para evitar manobras más o menos turbias, en especial considerando que nos encontramos ante contratos de ejecución continuada, pues puede suponer la efectiva conservación de los efectos producidos en la realidad por el contrato jurídicamente ineficaz –pensemos que el consumidor vendrá obligado a restituir el valor correspondiente al uso del codificador y que ese valor a menudo coincidirá con el precio fijado para la cesión de uso–. Además limita la indemnización al interés contractual negativo, privando al consumidor –por ejemplo– del resarcimiento de los daños que le haya producido la pérdida de una ventajosa oferta procedente de otro operador.

DERECHOS REALES

3. ANIMALES DE COMPAÑÍA. Se establecen normas para su protección en Castilla y León

Ley de las Cortes de Castilla y León 5/1997, de 24 de abril («BOE» del 1 de julio).

La presente Ley, similar a las promulgadas por otras Comunidades Autónomas y de las cuales hemos dado cuenta en estas páginas de Información Legislativa, se dirige fundamentalmente a la protección de los animales de compañía, aun cuando muchas de sus prescripciones resultan aplicables también a los domésticos de renta y a los animales criados para el aprovechamiento de sus producciones, sean o no domésticos –básicamente las obligaciones de poseedores o propietarios, la utilización de animales en espectáculos, o la filmación y publicidad de escenas que simulen sufrimiento de animales.

Como en otras leyes autonómicas, la norma presentada parte del establecimiento de una serie de deberes y obligaciones puestos a cargo del poseedor del animal y, subsidiariamente, de su propietario, y orientadas a procurar un tratamiento del animal coherente con las supuestas cotas de civilización y sensibilidad alcanzadas por el ser humano. La infracción de dichos deberes es constitutiva de infracción administrativa con arreglo a lo dispuesto en el Título V de la Ley, y conllevará la imposición de las sanciones correspondientes y el decomiso de los animales cuando fuere preciso para garantizar su integridad física.

En relación con el Derecho Privado, tienen especial interés los siguientes aspectos:

1. Se prohíbe la venta o cesión de animales a menores de edad o incapacitados sin la autorización de quien tenga la patria potestad o custodia, así como la donación de los mismos como reclamo publicitario, premio o recompensa, a excepción de negocios jurídicos derivados de la transacción onerosa de animales. La infracción de dichas prescripciones constituye infracción leve sancionada con multa de 5.000 a 25.000 pesetas.

2. Se establece la responsabilidad del poseedor de un animal, y subsidiariamente del propietario, por los daños, perjuicios y molestias que ocasionen a las personas, cosas, vías, espacios públicos y al medio natural en general. Esta responsabilidad se impone «de acuerdo con lo establecido en el artículo 1905 del Código Civil», pero como es sabido el mencionado precepto no se refiere a las «molestias», y tampoco a la relación entre la responsabilidad del poseedor del animal o quien se sirve de él y la del propietario, cuando ambas circunstancias concurren en personas diferentes.

3. En relación con las ventas de animales de compañía realizadas por los establecimientos dedicados a tal actividad, la Ley establece un plazo de garantía mínima de catorce días por si hubiera lesiones ocultas o enfermedades en incubación. Tal prescripción puede vulnerar el plazo de cuarenta días contemplado en el artículo 1496 del Código Civil para el ejercicio de las acciones edilicias en las ventas de animales, pues, una vez determinado el vicio por la Ley o por los usos locales, el plazo de cuarenta días sólo puede ser alterado por el uso local, no por la Ley autonómica en cuanto ésta emana de una fuente formal distinta —el poder legislativo, no la comunidad que es la legitimada para crear el uso.

4. Particularmente interesante, como en todas las normas autonómicas afines, resulta la regulación del abandono de animales. La Ley utiliza un concepto de abandono que no guarda relación con el acto jurídico de renuncia al derecho de propiedad manifestado por el desamparo de la cosa, presumiendo abandonados, «sin perjuicio de las normas propias del Derecho Civil», a los animales que «carezcan de cualquier tipo de identificación del origen o del propietario y no vayan acompañados de persona alguna».

En tal caso se dispone la retención del animal durante al menos veinte días, para tratar de localizar a su dueño –sin disponer medida alguna orientada a publicar el hallazgo–. Transcurrido dicho plazo los Centros de recogida pueden cederlos y, si no aparece un cesionario, sacrificarlos. Si el animal está identificado se notifica el hallazgo al propietario para que en cinco días pueda recuperarlo; transcurrido dicho plazo, el animal se entenderá abandonado.

Si el animal de compañía es domesticado o amansado, el plazo de veinte días coincide con el establecido por el artículo 612 del Código Civil para la reivindicación de dichos animales. Pero si el animal es doméstico, y si a dichos animales ha de aplicárseles el régimen de los bienes muebles, la discordancia entre la regulación autonómica –o, mejor, las regulaciones autonómicas– y el régimen establecido por el artículo 615 del Código Civil para el hallazgo de cosas muebles, resulta llamativa.

Revisando la rotundidad con que nos hemos expresado con anterioridad en torno a estos aspectos, lo cierto es que las peculiaridades de los animales domésticos de compañía bien pueden justificar la inaplicación del régimen contenido en el Código Civil en relación con el hallazgo de cosas muebles: allí se parte de que la cosa hallada tiene un valor económico que justifica la venta en subasta con depósito del precio, cuando la conservación implica gastos que disminuyan su valor. Sin embargo los animales domésticos de compañía tendrán habitualmente un valor patrimonial nulo –incluso los de raza pierden ese valor cuando ya son mayores–, como se pone de manifiesto sin más que atender a las dificultades que plantea encontrarles un nuevo «poseedor». Así, la patrimonialidad característica del Derecho Civil permitiría mantener que dicho cuerpo normativo no se aplica a la nueva realidad social que suponen los animales cuya función es exclusivamente de compañía.

Pero es que además la inexistencia de identificación unida al desamparo del animal y a su nulo valor económico –por más que el afectivo pueda ser muy elevado–, normalmente estarán poniendo de manifiesto una verdadera renuncia al derecho de propiedad sobre esos animales. Cuando no concurra esa renuncia, la subasta de un animal sin valor económico y cuyo mantenimiento genera gastos, queda sustituida por la cesión del animal a título gratuito –el cesionario sólo abona los gastos de captura y alojamiento–, y simplemente no existirá precio a depositar. Por lo tanto ni siquiera estamos tan alejados del régimen establecido por el artículo 615: el plazo para la cesión a un tercero bien puede corresponderse con el establecido en el mencionado precepto, y sólo faltaría establecer las oportunas garantías de publicidad en relación con el hallazgo –cosa bien fácil de subsanar mediante el establecimiento de dicho anuncio en las dependencias municipales o en el Boletín de la Provincia, incluyendo relación con las características de los animales recogidos cada día.

4. ANIMALES. Se regula la caza en Galicia

Ley del Parlamento de Galicia 4/1997, de 25 de junio («BOE» del 12 de agosto).

La presente disposición pretende regular el ejercicio de la caza en la Comunidad Autónoma de Galicia procurando el fomento, protección, conservación y ordenado aprovechamiento de las especies cinegéticas.

Los contenidos de la Ley más relacionados con el Derecho privado, son los siguientes:

1. El derecho a cazar se atribuye a toda persona mayor de dieciséis años que, habiendo acreditado la actitud y conocimientos precisos, esté en posesión de licencia de caza y cumpla los demás requisitos legales. Para cazar con armas se exige la mayoría de edad penal o ir acompañado por algún cazador mayor de edad.

2. El Título I se dedica a la clasificación de los terrenos a efectos de la caza, dividiéndolos en terrenos de régimen cinegético común –que deben tener una superficie continua mínima de 500 hectáreas– y especial. En relación con estos últimos –cuya extensión mínima ha de ser de 2.000 hectáreas– presenta especial interés la regulación de los terrenos cinegéticamente ordenados (TECOR) y la presunción de cesión de titularidad cinegética por los propietarios o titulares de aprovechamientos de esta clase que no se nieguen a la integración de sus terrenos en el TECOR durante el trámite de información pública, sin perjuicio de que en cualquier momento posterior puedan solicitar la segregación de los mismos.

En los terrenos cercados no acogidos a régimen cinegético especial, la caza estará permanentemente prohibida, pudiendo acordarse las medidas precisas para reducir la caza existente por razones técnicas o sanitarias, así como autorizar la penetración de los agentes cuya misión consista en vigilar el cumplimiento de la Ley.

El artículo 23 proclama la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos en terrenos sujetos a régimen especial por los daños y lesiones ocasionados por especies cinegéticas procedentes de los mismos. La Consejería competente indemnizará los producidos por las especies procedentes de terrenos de aprovechamiento común, de los TECOR autonómicos, de las reservas de caza, refugios de fauna y cualquiera otro cuya administración le corresponda.

3. La ocupación de las piezas que reglamentariamente sean declaradas como objeto de caza se lleva a cabo en el artículo 28 de la Ley autonómica y mediante la aplicación de los mismos criterios contenidos en el artículo 22 de la Ley estatal de 4 de abril de 1970.

4. Se somete a autorización administrativa la posesión de aves de cetrería y hurones. En cuanto a los dueños de perros, la Ley establece su obligación de cumplir las prescripciones legales sobre tenencia, matriculación y vacunación, así como su responsabilidad por los daños que ocasionen –en este último caso parece lógico entender que nos encontramos ante una mera aplicación particular de lo dispuesto en el artículo 1905 del

Código Civil, y por lo tanto que el responsable es el poseedor del animal o quien se sirve de él para la caza.

5. En materia de responsabilidad civil del cazador, la Ley autonómica se limita a establecer la necesidad de concertar un seguro de responsabilidad civil y a disponer, en su artículo 56.1, que «Las acciones u omisiones que infrinjan lo establecido en la presente Ley darán lugar a responsabilidad de naturaleza administrativa, sin perjuicio de la exigible en la vía penal o civil».

A diferencia de otras leyes autonómicas glosadas en estas páginas de Información Legislativa, en la Ley gallega no se contempla la responsabilidad solidaria de todos los miembros de una partida de caza cuando no se pueda determinar el concreto causante del daño —la ausencia parece lógica habida cuenta de que dicha previsión es «legislación civil», y por tanto competencia exclusiva del Estado, pero llama la atención si tenemos en cuenta que otros supuestos de responsabilidad civil sí que son objeto de atención legislativa—. De cualquier modo, la aplicación de la Ley estatal de 4 de abril de 1970 no parece plantear problema alguno.

La compatibilidad entre las sanciones previstas por la Ley y la exigencia al infractor de la «reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por daños y perjuicios causados», previéndose la imposición de multas coercitivas para lograr el cumplimiento de las resoluciones adoptadas, constituye una simple reiteración de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLVI, fascículo I, disp. núm.7—. Dicha regulación plantea un interesante problema: determinar los supuestos en que puede acudir a la vía de apremio administrativa, de aquellos otros en los cuales se precisa una resolución judicial para exigir el pago y los tribunales competentes para emitir dicha resolución.

Parece que la diferencia es, inicialmente, clara: todo lo que sea responsabilidad civil «derivada de infracción administrativa» habrá de exigirse ante los tribunales integrantes de la jurisdicción ordinaria, al no existir un precepto análogo al contenido en el Código Penal que permita conocer de esas cuestiones a los tribunales configuradores de la Jurisdicción Contenciosa, y, mucho menos, que establezca la ejecutividad del acto administrativo que liquida dicha responsabilidad.

Sin embargo, la restauración o reposición de la situación alterada sí que podría hacerse efectiva mediante multas coercitivas o a través de la ejecución subsidiaria a costa del obligado en vía de apremio. Esta es la solución que parece deducirse del propio artículo 130.2 de la LRJPAC, según el cual «Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en

este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente». Esta ha de ser, por tanto, la conclusión mantenible en torno a la Ley de Caza gallega, pese a que la reposición de la situación alterada sea también «indemnización de daños», o al menos de parte de esos daños, llevada a cabo en especie.

5. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se adoptan medidas urgentes en materia de Régimen de suelo y ordenación urbana en Andalucía y Cantabria

Ley 1/97, de 18 de junio, del Parlamento de Andalucía («BOE» del 7 de julio).

Ley 1/97, de 25 de abril, de la Asamblea Regional de Cantabria («BÖE» del 8 de julio).

Exposición:

Las normas presentadas vienen a poner en vigor, para sus respectivos territorios, aquellos preceptos contenidos en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana –presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLV, fascículo III, disp. núm.6–, que fueron declarados inconstitucionales por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo, debido a problemas competenciales.

Comentario:

El Tribunal Constitucional, en su discutible sentencia 61/97, de 20 de marzo, rechazando cualquier consideración relativa a los costes derivados de la tramitación y aprobación de los planeamientos generales y de desarrollo adaptados al Texto Refundido de 1992, de los expedientes de compensación y reparcelación en curso, y de la parálisis en que el sector urbanístico iba a quedar sumido, ante el desconcierto de todos los operadores relacionados con el mismo, declaró, por motivos de competencia, la inconstitucionalidad de gran parte de los preceptos que integraban el citado texto normativo estatal –entre ellos, y principalmente, los dedicados a la regulación de las técnicas de gestión urbanística y al porcentaje de aprovechamiento susceptible de apropiación privada–. El Alto Tribunal, patrocinando el conocido axioma *dura lex sed lex*, sumió en la inseguridad a todas las Comunidades Autónomas que no habían procedido a la elaboración de una legislación propia, asumiendo tácitamente el Derecho estatal y dedicando los esfuerzos de sus Parlamentos a sectores más necesitados de atención legislativa.

Tras la referida Sentencia del Tribunal Constitucional, y como ha destacado Jiménez de Cisneros-Cid –en «Las técnicas urbanísticas de equidistribución y la doctrina del Tribunal Constitucional...», publicado en la Revista de Derecho Urbanístico, núm. 153, página 85–, el resultado práctico a que se llega «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». Sin embargo en el Texto Refundido de 1992 se regulaban algunas técnicas de gestión que fueron declaradas inconstitucionales por supletorias y que no estaban reguladas en el Texto Refundido de 1976 –concretamente la delimitación de áreas de reparto en suelo urbano y las transferencias de aprovechamientos urbanísticos vinculadas a dicha delimitación–. Además, los porcentajes de aprovechamiento correspondientes a la Administración en concepto de plusvalía eran superiores en el Texto Refundido de 1992, con lo cual se convertía en inservible el estudio económico que servía de base del planeamiento adaptado a esta última norma.

Esta situación de inseguridad se agrava si tenemos en cuenta que, antes de dictarse la meritada sentencia, se había promulgado el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales –presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLIX, fascículo III, disp. núm. 3–, que venía a modificar, entre otros aspectos, el porcentaje de aprovechamiento concedido a la Administración por el Texto Refundido de 1992 en concepto de participación en plusvalía–. Porque aun cuando el Real Decreto-ley 5/1996 no fue impugnado, y por lo tanto tampoco fue objeto de análisis en la sentencia del Tribunal Constitucional, a su manera de establecer el porcentaje de aprovechamiento correspondiente a la Administración le resultaban aplicables los mismos razonamientos que indujeron al Alto Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de los correspondientes preceptos del Texto Refundido –el juego legislación básica/desarrollo autonómico, vigente en la materia, no es compatible con el establecimiento de un porcentaje fijo en la legislación estatal.

Intentando evitar los problemas expuestos, algunas de las Comunidades Autónomas que carecían de legislación urbanística propia al promulgarse la sentencia del Tribunal Constitucional, han optado por adoptar soluciones de emergencia. En estas páginas nos referimos a las normas promulgadas por las Comunidades Autónomas de Andalucía y Cantabria, y en los fascículos siguientes presentaremos las de otras Comunidades que, como Castilla y León, Castilla-La Mancha o Madrid, han adoptado similares soluciones, pero cuyas disposiciones no se han publicado en el «Boletín Oficial del Estado» durante el trimestre correspondiente a este fascículo del Anuario.

En las Leyes de Andalucía y Cantabria, la técnica legislativa adoptada ha consistido en asumir la regulación estatal declarada inconstitucional mediante el reenvío a sus contenidos materiales, que, por voluntad explícita del legislador autonómico, se convierten en norma legal propia de la Comunidad Autónoma.

Más allá de esta coincidencia inicial, las diferencias planteadas por ambos textos son interesantes. La Ley andaluza comienza por citar los preceptos del Texto Refundido de 1992 incorporados a su propia legisla-

ción mediante una relación numérica que reproduce minuciosamente los preceptos y párrafos declarados inconstitucionales por la referida sentencia. Además proclama expresamente que dicha relación alude al contenido de los artículos de la norma estatal tal y como fueron publicados en el «Boletín Oficial del Estado» de 30 de junio; corrección de erratas en el de 4 de agosto y corrección de errores en el de 19 de diciembre.

Para mayor exactitud, la Disposición final primera establece que «Dejarán de ser de aplicación en la Comunidad Autónoma de Andalucía los preceptos de la legislación urbanística estatal que se opondan a lo establecido en esta Ley conforme al marco competencial delimitado en la sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional».

Se alude así, de forma clara e inequívoca, a la inaplicabilidad en Andalucía del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales aludido con anterioridad y que modificó los porcentajes de aprovechamiento susceptible de apropiación privada establecidos en el Texto Refundido de 1992 –elevándolos al 90 por 100 o 100 por 100, en lugar del 85 por 100 reconocido, con carácter general, en el Texto Refundido de 1992–. La solución andaluza es perfectamente defendible: el Estado no puede fijar un porcentaje concreto, sino sólo una horquilla para que las Comunidades Autónomas ejerciten su competencia legislativa dentro del juego legislación básica/desarrollo de esas bases, y la ausencia de una norma estatal que establezca esa horquilla no puede impedir u obstaculizar el ejercicio de la competencia autonómica. Pero el problema puede surgir si la futura Ley estatal sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, actualmente en tramitación, acaba por establecer, con el carácter de legislación básica y efectos retroactivos, una horquilla que atribuya al propietario «al menos el 90 por 100» –como se pretende en el Proyecto presentado por el Gobierno.

Además, la Disposición transitoria única de la norma andaluza «de recepción del derecho estatal declarado inconstitucional por motivos competenciales», establece la aplicabilidad de la misma a los planes que hubieran iniciado su tramitación antes de producirse su entrada en vigor, y también a los que en ese momento estuvieran ya definitivamente aprobados –y adaptados a la norma estatal, suponemos–. Contra esta retroactividad podría invocarse la vulneración del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución, pero también cabe contraargumentar que si el mencionado principio garantiza al ciudadano la previsibilidad de las consecuencias jurídicas que el Ordenamiento vincula a sus actos sería casi una burla alegar ese principio para poner en duda la constitucionalidad de la norma autonómica: no hace sino confirmar que el derecho aplicable en el pasado era precisamente el que parecía ser, esto es el contenido en el Texto Refundido de 1992.

Sin embargo, la Ley de Cantabria ofrece mayores problemas interpretativos, por cuanto su artículo primero se limita a proclamar que «En el ámbito territorial de Cantabria y hasta la aprobación de una Ley de orde-

nación urbana de la Comunidad Autónoma regirá íntegramente como propio el Derecho estatal en vigor con anterioridad a la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997». Recordemos que ese Derecho estatal estaba constituido por el Texto Refundido de 1992 y por las modificaciones llevadas a cabo en virtud del antes citado Real Decreto-ley 5/1996, con lo cual en Cantabria los porcentajes de aprovechamiento susceptibles de apropiación privada son los derivados de esta última norma estatal.

Pero además la ausencia de una disposición transitoria, como la contenida en la Ley andaluza, plantea el problema del derecho aplicable a los planes adaptados al Texto Refundido de 1992 y que se encuentren en fase de aprobación o de ejecución. Quizá el legislador autonómico ha entendido que la expulsión del ordenamiento urbanístico de los preceptos legales declarados nulos sólo es eficaz a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el «Boletín Oficial del Estado», y que por lo tanto no afecta a los actos, sean de planeamiento o de ejecución de éste producidos durante el tiempo que media entre la entrada en vigor de la Ley 8/1990 y la expresada publicación de la Sentencia —como se dice en el preámbulo de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 5/1997, de Suelo y Urbanismo, medidas urgentes en materia de régimen de suelo y ordenación urbana, cuya presentación corresponde al siguiente fascículo de esta revista—. Pero tal conclusión resulta aventurada, vistos los límites impuestos a la retroactividad de las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional por el artículo 40.1 de su Ley reguladora.

6. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se regula el suelo rústico en las Islas Baleares

Ley del Parlamento de las Islas Baleares 6/1997, de 8 de julio («BOE» del 12 de agosto).

La presente disposición viene a alinearse en la progresiva tendencia hacia la ordenación detallada del suelo rústico o no urbanizable y de los usos admisibles en esta clase de suelo, apartándose del concepto meramente residual que se le venía atribuyendo —ya que tenía tal consideración el que no se calificara expresamente como urbano o urbanizable—, y que, en la práctica, venía a ser terreno abonado para la más absoluta discrecionalidad administrativa en la autorización de las actividades a desarrollar en el mismo.

Los aspectos más destacables de la norma presentada —que, salvo en la denominación del suelo como rústico, se adapta perfectamente al Proyecto de Ley del Suelo presentado por el Gobierno de la Nación—, son los siguientes:

— Se establecen las dos categorías de suelo rústico ya tradicionales: el común y el protegido. El suelo rústico protegido se cualifica por la concurrencia de valores excepcionales o el cumplimiento de funciones ecológicas que justifican el establecimiento de especiales medidas de

protección, las cuales a su vez pueden implicar la imposibilidad de cualquier actividad que los altere. Los asentamientos en suelo rústico cuyas características desaconsejen la inclusión en otra clase habrán de calificarse como núcleo rural, debiendo regularse a nivel de planeamiento las condiciones de las actividades edificatorias a desarrollar en estos núcleos y las características de los equipamientos urbanísticos precisos.

– Se contemplan las facultades y deberes de los propietarios de suelo rústico común y protegido. En relación con el primero, además del aprovechamiento agrícola, forestal, cinegético y pecuario que no implique transformación, se prevé la posibilidad de autorizar actividades edificatorias relacionadas con esos aprovechamientos, y también usos de vivienda unifamiliar o vinculados a actividades declaradas de interés general. Las actividades declaradas de interés general suponen un aprovechamiento atípico del suelo rústico –más bien parecido al propio del suelo urbanizable–, y dicho aprovechamiento sólo se atribuye en un 90 por 100 al titular de la parcela, correspondiendo el 10 por 100 restante a la Administración municipal y debiendo ser adquirido por dicho titular antes de iniciar cualquier actuación –la similitud con el porcentaje de cesión a que vienen obligados los propietarios de suelo urbanizable es evidente, y también la obligación de pagar en metálico, no por adjudicación de terrenos, convirtiendo en norma el modo habitual de verificar esas cesiones.

– Los propietarios de suelo rústico protegido tienen, además de las limitaciones propias del suelo rústico común, las que se derivan de su especial régimen protector, no teniendo derecho a indemnización alguna salvo cuando esas normas restrinjan usos y aprovechamientos ejecutados en virtud de autorización legal –normas como ésta van a ser difícilmente defendibles cuando la categoría residual del suelo pasa a ser la de urbanizable, como sucede en el Proyecto de Ley actualmente en tramitación, incluyendo el derecho al desarrollo urbanístico del mismo.

– De acuerdo con el artículo 15 de la Ley, la autorización de una actividad en suelo rústico –incluso las relacionadas con el aprovechamiento inicial del suelo que impliquen transformación de su condición o características– supone la vinculación legal a esa actividad de la superficie total de la parcela, y por lo tanto su indivisibilidad mientras subsista, salvo cuando la parcela exceda la superficie mínima exigida para dicha actividad y se acredite que ese requisito continuará cumpliéndose tras la segregación o división. De dicha vinculación se dará traslado al Registro de la Propiedad para su constancia en la inscripción de la finca.

– Precisamente en relación con las segregaciones en suelo rústico, la norma presentada impone la necesidad de licencia municipal previa, declarando nulos los actos realizados sin esa licencia. Se exceptúan de la necesidad de licencia los actos relacionados en el artículo 13.3, exigiéndose sin embargo la aportación de certificado de su innecesariedad. El efecto jurídico de la falta de licencia ya no es que las parcelas resultantes no tengan la consideración de solar –como se dispone en el Texto Refundido de 1976 y se disponía en el artículo 259.4 del Texto Refundido

de 1992, declarado inconstitucional por la STC 61/97 precisamente por supletorio.

Por tanto los Registradores no tendrán más remedio –o por lo menos así lo esperamos– que rechazar la inscripción de las parcelaciones llevadas a cabo en suelo no urbanizable cuando no se acompañe licencia o certificado de su innecesariedad –pues de otro modo estarían inscribiendo un acto nulo–. Se evita así, al menos en las Islas Baleares, la aplicación del mecanismo contemplado en el artículo 79 de las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario aprobado por Real Decreto 1093/97 y presentado en estas mismas páginas de Información Legislativa, mecanismo que, dicho sea de paso, constituye una extralimitación reglamentaria respecto de la norma contenida en el artículo 259.3 del Texto Refundido de 1992 –que impone la acreditación de licencia o la certificación de su innecesariedad para la inscripción de escrituras de división de terrenos, sin diferenciar en modo alguno entre las relativas a suelos urbanos y urbanizables y las verificadas en suelos no urbanizables.

7. PROPIEDADES ESPECIALES. Se regulan las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos

Ley 21/1997, de 3 de julio («BOE» del 4).

La presente Ley, promulgada en el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.1.^a y 27.^a de la Constitución, es aplicable a las retransmisiones o emisiones realizadas por radio o televisión, de acontecimientos o competiciones deportivas en las que concurren las circunstancias contempladas en su artículo primero.

Los intereses que la norma presentada pretende tutelar –delimitando el contenido de los derechos audiovisuales y del derecho de propiedad sobre los recintos que acogen competiciones deportivas–, son el derecho a la información deportiva –que se considera incluido en el artículo 20.1.d), de la Constitución–, la tutela de la concurrencia entre empresas en el marco de la economía de mercado –proclamada en el artículo 38 de la misma–, y la protección de los consumidores y usuarios en relación con servicios de uso común tales como los de esparcimiento y deportes.

En su regulación sustantiva la Ley parte del derecho al libre acceso de los medios de comunicación social a los recintos deportivos. Este acceso será gratuito cuando se trate de obtener noticias o imágenes para emitir breves extractos en telediarios, o bien para su retransmisión en diarios o informativos radiofónicos. Por el contrario, la emisión de programas deportivos especializados sobre la base de imágenes o noticias obtenidas en los recintos deportivos podrán ser autorizados por los titulares de los derechos audiovisuales, teniendo derecho a una contraprestación económica fijada en función de los criterios establecidos en el artículo 3.3 de la Ley.

Además se establece que los acontecimientos o competiciones que sean catalogados como de interés general por el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas –nuevo órgano administrativo de representación de los sectores afectados y cuya creación se encomienda al Gobierno–, por concurrir los criterios establecidos en el artículo 4.2, habrán de retransmitirse en directo, en emisión abierta y para todo el territorio del Estado, salvo que razones excepcionales aconsejen su cobertura diferida total o parcial. En este sentido, se considera de interés general un encuentro por cada jornada de liga o copa –de acuerdo con la Exposición de Motivos parece que se trata de la liga o copa de fútbol, sin embargo el artículo 5 habla, en general, de «competiciones deportivas de liga o copa».

Dicho encuentro de liga o copa habrá de ser retransmitido en directo y abierto, siempre que exista un operador interesado en ello, contemplándose a favor de dicho operador el derecho preferente de elección en el reparto de encuentros de una misma jornada frente a los que emitan en otros sistemas. El artículo 5.4 de la Ley establece la posibilidad de que por vía reglamentaria «y en atención a los intereses deportivos y mercantiles afectados» puedan establecerse límites de días y horario para estas retransmisiones, previendo así la posibilidad de atender las continuas demandas de los propietarios de restaurantes en su permanente lucha por conseguir que el consumidor se aburra en casa.

Se regula también el derecho de los operadores que funcionan en el régimen de pago por consumo a negociar con los titulares de los derechos audiovisuales, respetando los principios de publicidad y libre concurrencia, con el fin de obtener el derecho a retransmitir los partidos mediante el abono de una contraprestación económica que se fijará teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 6.2 de la Ley.

Por último la norma presentada prevé la aplicación de lo dispuesto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, para la protección del derecho a la información deportiva previsto en la misma, así como la posibilidad de someter al arbitraje del Tribunal de Defensa de la Competencia los conflictos derivados de la negociación entre operadores y titulares de derechos audiovisuales –entendiéndose aceptada la sumisión si no se manifiesta lo contrario en un plazo de veinte días desde que se notifique la formalización del arbitraje.

DERECHO DE FAMILIA

8. FAMILIA, INFANCIA Y ADOLESCENCIA. Se dictan medidas para su protección en Galicia

Ley del Parlamento de Galicia 3/1997, de 9 de junio («BOE» del 11 de julio).

Para fundamentar la promulgación de una norma como la presentada dentro del sistema constitucional de distribución de competencias toda-

vía vigente, el Parlamento de Galicia acude a una doble vía: la consideración de la identificación entre Derecho de familia y Derecho civil como una «concepción tradicional y reduccionista que supone privar a la Comunidad gallega de su propia legislación familiar», y las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma gallega sobre «asistencia social» y «promoción del desarrollo comunitario». Lo cierto es que la primera fundamentación sobra totalmente puesto que la norma presentada tiene en realidad bastante poco de Derecho de familia y mucho de asistencia social, siendo una manifestación más de esa presencia de los intereses familiares en otras ramas del Derecho –y en particular del Derecho público– a la que se refieren Díez-Picazo y Gullón Ballesteros en el volumen II de sus *Instituciones de Derecho Civil*.

El contenido concreto de la norma comienza por una prolija enumeración de principios rectores de la política económica y social de la Comunidad autónoma que no hace más que reconocer los mismos derechos ya establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales para todas las personas, si bien referidos a los miembros de la familia entendida en su sentido más amplio –incluidas las unidades de convivencia que constituyan núcleos estables de vida en común–, y también a los niños y adolescentes –suponemos que la Ley autonómica no pretende suspender el reconocimiento de esos derechos en relación con las demás personas–. Se trata, principalmente, de derechos ostentados frente al Estado, cuya tutela puede exigirse siempre que existan los «recursos sociales disponibles» a que se refiere el artículo 9.1.a), de la Ley, o también poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones y actuaciones que atenten contra sus derechos y contra su integridad física y moral –artículo 9.1.b)–, o, por supuesto, presentando quejas ante el Defensor del Pueblo y ante el Valedor do Pobo –artículo 9.1.c).

La única consecuencia auténticamente jurídica de la proclamación de esos derechos consiste en el establecimiento de deberes para su garantía –tales como los de poner en conocimiento de las autoridades las situaciones de desamparo, procurar la asistencia a centros de enseñanza, o denegar la venta a los menores de las publicaciones o material audiovisual prohibidos–, a cargo de personas concretas –quienes por su cargo o profesión tengan conocimiento de la existencia de una situación de desamparo, los padres, tutores o guardadores, los titulares de establecimientos donde se venda el material prohibido–. La desatención de esos deberes constituye infracción administrativa y conlleva la imposición de la correspondiente multa, de acuerdo con lo dispuesto en el Título V de la Ley.

La norma presentada adquiere mayor entidad jurídica al regular, en su Título III, las medidas de protección a adoptar ante las situaciones de desamparo –tutela, guarda, acogimiento familiar y acogimiento residencial–, y la adopción –en los aspectos relativos a los órganos autonómicos competentes para gestionar los procedimientos y elevar las propuestas a los órganos judiciales, y a los requisitos y procedimientos para valorar la idoneidad de los adoptantes–. Las normas relativas a la «adopción inter-

nacional» establecen las competencias de la Comunidad Autónoma en relación con la tramitación de solicitudes, valoración y certificación de la idoneidad de los solicitantes, compromiso de seguimiento de la adopción cuando lo exija el país de origen del menor, y control de las directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación a efectos de adopciones internacionales en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

También son objeto de atención legislativa las instituciones y entidades de atención a menores, las medidas de prevención y apoyo a los menores en conflicto social –considerándose como tales los mayores de doce años que cometiesen hechos tipificados como delitos o faltas, sin tener la edad para ser criminalmente responsables, y los que, por su situación de grave inadaptación, pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros–, la ejecución de las medidas previstas en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, y los centros de reeducación. Por último se procede al establecimiento del régimen sancionador aplicable a las conductas tipificadas como infracciones a la Ley.

DERECHO REGISTRAL

9. **REGLAMENTO HIPOTECARIO. Se aprueban normas complementarias sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística**

Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio («BOE» del 23).

Exposición:

En el fascículo III del tomo L de esta revista López Fernández ha publicado un artículo en el cual se hace referencia a la estructura formal de esta importante disposición reglamentaria, a su relación con los preceptos registrales contenidos en el Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana –presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLV, fascículo III, disp. núm. 6, y a algunos aspectos de su interesante contenido –concretamente los relativos a la inscripción de los proyectos de equidistribución, la declaración de obra nueva y las transferencias de aprovechamiento urbanístico.

Comentario:

Remitiéndonos a cuanto se dijo en el citado artículo, nos limitaremos a llamar la atención aquí sobre un aspecto particularmente interesante de la regulación contenida en la disposición presentada: la ampliación casi ilimitada de la posibilidad de abrir folio al aprovechamiento urbanístico, y el peligro de que con ello se vulnere la necesaria relación entre la finca

material y la finca registral –y por consiguiente el carácter excepcional de la posibilidad de que realidades distintas abran folio en el Registro de la Propiedad–, así como de que accedan al Registro de la Propiedad –además abriendo folio– derechos cuya naturaleza crediticia parece evidente.

En el artículo antes comentado se hacía referencia ya a la equivocación que supone considerar al aprovechamiento urbanístico como un derecho real sobre bienes inmuebles, sin mayores precisiones, al tiempo que se llamaba la atención sobre el hecho de que una determinada cantidad de aprovechamiento urbanístico puede cuantificar derechos que, en términos jurídicos, presentan características muy diversas: la medida de la indemnización correspondiente al propietario de un terreno dotacional con edificabilidad real nula, la medida que se atribuye al propietario en la adjudicación de las parcelas resultantes de un expediente equidistributivo, la edificabilidad de una finca futura que la Administración se compromete a entregar al propietario como contraprestación de la que éste le entrega voluntariamente y de presente –si eso no es un mero crédito, los que escriben estas líneas no saben a qué realidad jurídica asignar esa calificación–, o, por último, la cuantía en que el propietario de un solar edificable puede construir sobre él sin infringir la normativa urbanística.

No sabemos bien cuál es el motivo, pero la Doctrina se orienta a involucrar todas esas realidades –absolutamente diversas entre sí– en un solo concepto jurídico que, de medida de un derecho cuya cualidad ignoramos sin mayores precisiones, pasa a identificarse con el propio derecho y a atribuirle una supuesta naturaleza jurídico-real e inmobiliaria que sólo puede asumirse desde la más absoluta confusión respecto a las instituciones básicas del Derecho Público o Privado.

Especialmente destacable –y especialmente sorprendente, además–, resulta la *posibilidad de abrir folio nada menos que al aprovechamiento correspondiente a una finca futura* que constituye el justiprecio en especie de un expediente expropiatorio. Esta posibilidad, contemplada en el artículo 44 de la disposición presentada –que en adelante citaremos abreviadamente con las siglas NCRH–, resulta, desde nuestro punto de vista, sumamente criticable. Por los siguientes motivos:

1.º El Texto Refundido de 1992 –recogiendo las soluciones ya contenidas en la legislación anterior–, establece dos mecanismos fundamentales para la obtención «forzosa» de terrenos dotacionales: la expropiación forzosa y la ocupación directa. Entre ambas figuras no existe un tercer género y la interpretación de las mismas, dado su alcance de legislación expropiatoria, no parece admitir una interpretación extensiva.

La expropiación forzosa exige, como requisito previo a la ocupación, el pago o, en su caso, depósito del justiprecio fijado definitivamente en vía administrativa, del fijado por la Administración en el expediente de tasación conjunta aún pendiente de fijación definitiva, o de las cantidades establecidas por la Legislación expropiatoria si se acude al procedimiento de urgencia.

La satisfacción del justiprecio mediante pago en especie se contempla en el artículo 217 del Texto Refundido de 1992, pero en dicho precepto sólo se autoriza el pago en terrenos. Terrenos concretos, para satisfacer el principio de especialidad, y que han de adjudicarse efectivamente antes de ocupar la finca expropiada –recuérdese: pago y ocupación, por este orden.

Luego la expropiación a cambio de finca futura –referida en el artículo 44 de las NCRH–, simplemente no es expropiación.

2.º La ocupación forzosa de terrenos dotacionales está contemplada en el artículo 203 del Texto Refundido de 1992 como alternativa a la expropiación forzosa. Pero exige, como dispone el apartado segundo de dichos precepto, «la previa determinación por la Administración actuante de los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de adquisición por el titular del terreno a ocupar y de la unidad de ejecución en la que, por exceder su aprovechamiento real del apropiable por el conjunto de propietarios inicialmente incluidos en la misma, hayan de hacerse efectivos tales aprovechamientos, según dispone el artículo 151.2».

Se trata del único supuesto en el cual una norma con rango legal autoriza a la apertura de folio registral al «aprovechamiento urbanístico» entendido como derecho a integrarse en una unidad de ejecución concreta y ya delimitada, y también a la parte correspondiente en la adjudicación de las parcelas resultantes de la actuación urbanística desarrollada en esa unidad de ejecución ya delimitada.

Como a la «finca futura» referida en el artículo 44 de las NCRH no se le exige el cumplimiento de tan tajantes y lógicos requisitos, no nos encontramos ante una ocupación directa. Además, este supuesto se desarrolla en otro precepto de las NCRH –concretamente el artículo 42.

3.º Si la «expropiación a cambio de finca futura» que aparece en las NCRH no es expropiación con pago en terrenos y tampoco es ocupación directa, ¿qué es y cuál es la base para que las NCRH desarrollen el acceso registral del derecho a la adjudicación de una finca futura?, podríamos preguntarnos.

La respuesta es sencilla: nos encontramos ante un convenio urbanístico puro y simple, mediante el cual el «expropiado» entrega voluntariamente su finca a cambio del derecho a que la Administración le adjudique una finca futura que puede describirse o no –normalmente esa finca tiene dueño actual y la Administración confía en someter los terrenos en que se incluye a un futuro proceso urbanístico–. Basta que se hagan constar las unidades de aprovechamiento que el contratante podrá materializar en ella: es decir, que el aprovechamiento opera como cualidad de la finca genérica que la Administración se compromete a entregar.

Lo que puede suceder es que la Administración utilice estos convenios y estos títulos representativos de fincas futuras, genéricas, inconcretas, como mecanismo para endeudarse –como un título de deuda municipal, para ser más concretos–, y que haya de indemnizar a los titulares por

la imposibilidad de cumplir con la obligación de entregar terrenos –podríamos citar innumerables sentencias de la Jurisdicción contenciosa en este sentido.

A estos convenios –cuyo régimen jurídico a efectos de derecho de reversión, formalización pública y fiscales, por poner sólo unos ejemplos, nunca puede ser el de las expropiaciones– es a los que se otorga carta de naturaleza en las NCRH, confiriendo además la virtualidad de abrir folio registral a lo que sólo es un crédito frente a la Administración, y autorizando la inscripción de la finca cedida voluntariamente sin que exista título alguno que acredite la existencia de entrega –la escritura pública lo es, la certificación administrativa de ocupación sólo si existe pago.

DERECHO MERCANTIL

10. PUBLICIDAD DINÁMICA. Se procede a su regulación en las Islas Baleares

Ley del Parlamento de las Islas Baleares 5/1997, de 8 de julio («BOE» del 12 de agosto).

La presente disposición ha sido promulgada en ejercicio de la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares por el apartado 31 del artículo 10 de su Estatuto de Autonomía, y su objeto es la regulación de la publicidad dinámica, entendida como aquella que se realiza por medio del contacto directo de los agentes publicitarios con los posibles usuarios o clientes y con la utilización preferente, para su práctica, de zonas de dominio público, vías y espacios libres públicos y zonas privadas de concurrencia pública.

Las modalidades publicitarias agrupadas bajo el mencionado concepto son la manual, consistente en el reparto en mano de material impreso mediante contacto directo en zonas de uso público; domiciliaria, la que se lleva a cabo mediante la entrega del soporte publicitario en el domicilio o sede del destinatario, directamente o en buzones; mediante el uso de vehículos, o más bien a través de medios audiovisuales instalados en ellos; oral, que es la verificada a través de medios auditivos auxiliares, en zonas de uso público y mediante contacto directo con los destinatarios, y, por último, telemática, consistente en el envío de mensajes mediante comunicación telefónica, fax o correo electrónico.

Estas modalidades publicitarias se regulan para evitar los efectos indeseables que conllevan en relación con derechos e intereses tan dignos de tutela como el medio ambiente o el derecho a la libre circulación, descanso u ocio, y, consecuentemente, con su impacto en la propia actividad turística. Por todo ello consideramos que la Comunidad Autónoma puede alegar otros títulos competenciales para fundamentar la promulgación de

una Ley que trata de abordar una serie de problemas carentes de la necesaria atención normativa, y que muy probablemente deberían haber sido afrontados mediante una disposición promulgada por el Estado en el ejercicio de sus competencias sobre la igualdad básica o la legislación mercantil y civil.

Las medidas concretas adoptadas por el legislador autonómico consisten, básicamente, en someter la publicidad dinámica licencia administrativa –confiemos en que la aplicación de la Ley no se limite finalmente al cobro de una tasa–, prohibir dicha actividad en determinados supuestos –que se describen en el artículo 14 de la Ley y que incluyen la colocación de publicidad en los parabrisas o su lanzamiento en cualquier forma–, imponer la obligación de evitar la suciedad en la zona de actuación –pudiendo condicionarse el otorgamiento de la licencia a la prestación de garantía por importe máximo de 1.000.000 de pesetas–, y establecer un completo catálogo de conductas consideradas como infracciones a la Ley cuya comisión conllevará las correspondientes sanciones a cargo de sus autores y de quienes se beneficien de su realización. Se establece además una acción pública para exigir la observancia de las normas contenidas en la Ley y la adopción de las medidas de restauración de la realidad física alterada.

Resultan particularmente interesantes las medidas cautelares que la Administración puede adoptar de acuerdo con el artículo 16 de la Ley, y que «no tendrán el carácter de sanción». Esas medidas consisten en el decomiso del material de promoción o publicidad, la inmovilización y/o retirada de los vehículos o elementos que sirvan de soporte a la actividad infractora, la reclamación al infractor de los gastos o daños causados –existiendo la valoración justificada de los mismos– y, en general, la adopción de las medidas imprescindibles para impedir las actividades que constituyan infracción grave o muy grave y que puedan ocasionar daños al interés público. Salvo la reclamación de los daños –que corresponde al Alcalde–, la adopción de las demás «medidas cautelares» la adoptarán también cautelarmente los agentes de la Policía Local. Por supuesto que la reclamación de los daños sólo supondrá, en caso de negativa a su pago, la posibilidad de acudir a la Jurisdicción competente –como dispone el artículo 130.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común– presentada en las páginas de Información Legislativa, correspondientes al tomo XLVI, fascículo I, disp. núm.7.

11. VENTA AMBULANTE. Se procede a su regulación en Madrid

Ley de la Asamblea de Madrid 1/1997, de 8 de enero («BOE» del 20 de agosto).

La presente disposición ha sido promulgada en ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad de Madrid por su Estatuto de Autonomía en relación con el fomento del desarrollo económico y defensa del consumidor. Su ámbito de aplicación es la venta ambulante, entendiéndolo-

se por tal, de acuerdo con su artículo segundo, «la realizada por comerciantes fuera de un establecimiento comercial permanente, de forma habitual, ocasional, periódica o continuada, en los perímetros o lugares debidamente autorizados, en instalaciones comerciales desmontables o transportables, incluyendo los camiones-tienda». Como modalidades de venta ambulante se incluyen las realizadas en mercadillos, en festejos y en puestos aislados situados en la vía pública.

Para el ejercicio de la actividad, y entre los demás requisitos contemplados por el artículo 5, se exige, junto con la preceptiva licencia municipal, la inscripción en el Registro de Comerciantes Ambulantes de la Comunidad de Madrid. Resulta curioso —una vez más— comprobar cómo se multiplican los controles administrativos sin que ello garantice, en modo alguno, mayor protección para los consumidores.

La contratación de un seguro de responsabilidad civil que cubra posibles riesgos derivados del ejercicio de la actividad no tiene carácter preceptivo, pero, de acuerdo con el artículo 9.2.e), «se considerará como un criterio preferente a la hora de proceder a la autorización de los puestos».

Antes de la autorización municipal para la implantación, ampliación, traslado o reforma de un mercadillo habrán de emitirse preceptivamente sendos informes de la Dirección General de Prevención y Promoción de la Salud y de la Dirección General de Comercio y Consumo de la Comunidad —este último es, además, vinculante—. Los informes se entenderán desfavorables transcurridos tres meses sin que hayan sido emitidos.

La instalación habrá de hacerse en solares o espacios libres necesariamente calificados como suelo urbano dentro de o contiguo al núcleo urbano consolidado, salvo propuesta motivada del ayuntamiento. Se establece además la prohibición de que se instalen en «accesos a edificios de uso público, como hospitales, colegios o mercados, etc., ni en cualquier otro lugar que dificulte los accesos, la circulación de peatones y vehículos o haga peligrar la seguridad ciudadana». Además se procurará evitar que los puestos queden a menos de cinco metros de los establecimientos comerciales o industriales, sus escaparates o exposiciones.

La Ley, que en su mayor parte se extiende a detalles propios de una norma reglamentaria, contiene también un amplio catálogo con las acciones constitutivas de infracción y las sanciones aplicables a su realización, pudiendo preverse, con carácter accesorio y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16.3, el decomiso de la mercancía no autorizada, adulterada, deteriorada, falsificada, fraudulenta, no identificada o que pueda entrañar riesgo para el consumidor.

12. INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA. Régimen de las inversiones en valores no cotizados

Real Decreto 1094/1997, de 4 de julio («BOE» del 19).

El Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, amplió la posibilidad de que las Instituciones de Inversión Colectiva canalizasen sus fondos hacia

valores que no son objeto de negociación en mercados organizados, remitiendo la fijación de las condiciones especiales que debieran respetarse a un futuro desarrollo reglamentario. Ahora se acomete la determinación de tales condiciones, que afectan tanto a las características de la entidad emisora de los títulos relativas a su sanidad financiera, como a las propias de la inversión, con vistas a asegurar la independencia de la entidad frente al grupo inversor y la de la institución respecto al objeto de la inversión. Un problema especial suscitado por esta modalidad de inversiones surge con la obligación de calcular diariamente los valores liquidativo o teórico de las propias instituciones y el respeto de los coeficientes que se les impone. A este respecto el Real Decreto remite la definitiva fijación a criterios valorativos concretos a una futura Orden ministerial, aunque adelanta la necesidad de fijar el «valor efectivo, de acuerdo a criterios de máxima prudencia y aplicando métodos valorativos generalmente admitidos en la práctica».

En cualquier caso lo importante es utilizar criterios o métodos que permitan determinar con rigor el valor estimado de realización de la inversión, medida garantizadora del inversor, como lo es la de informar de modo claro y completo sobre el plan de inversiones en valores no cotizados.

13. CORREDORES DE COMERCIO COLEGIADOS. Reforma de su Reglamento Corporativo, de 27 de mayo de 1959

Real Decreto 1251/1997, de 24 de julio («BOE» de 7 de agosto).

El presente Real Decreto lleva a cabo una importante reforma en el régimen de los Corredores de Comercio, que entrará en vigor el próximo 1 de enero de 1998.

Los principales aspectos del nuevo régimen pueden exponerse distinguiendo tres apartados:

1.º *Actuación profesional.* Se establece como obligatoria la presencia personal del Corredor de Comercio en la suscripción de los contratos objeto de su intervención, con la excepción, única, del otorgamiento realizado por los representantes de entidades financieras (art. 33).

Con ello se limita de forma notable la posible actuación de los empleados o dependientes de estos profesionales y se elimina radicalmente la utilización de otros medios para comprobar la identidad, capacidad y legitimidad de las firmas de los particulares intervinientes.

Manteniendo un criterio tradicional, se excluye con carácter general el requisito de la unidad de acto en el otorgamiento de los contratos que se intervengan, lo cual es compatible con la importancia que reviste el control de la legalidad aplicable y el deber de asesorar a las partes.

2.º *Requisitos documentarios.* Afectan tanto a los extremos que deben constar en las pólizas que se intervengan (art. 85), como a la llevanza del Libro-Registro. El nuevo Texto reglamentario tras enfatizar la uni-

cidad del Libro-Registro que recoja las operaciones intervenidas, detalla con minuciosidad su régimen de llevanza y deja abierta la posibilidad de sustituirlos por otros medios técnicos de reproducción y archivo (art. 35).

3.º *Régimen disciplinario.* Con varios años de retraso se incorpora al Reglamento el desarrollo de esta materia que fue regulada en la disposición adicional 8.ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril, sobre adaptación de la legislación española a la segunda Directiva comunitaria de coordinación bancaria.

La presente disposición se completa con una norma transitoria, que regula la adecuación de los convenios profesionales vigentes y del régimen de incompatibilidades a la nueva regulación y una disposición adicional que retoca algún extremo del vigente Arancel, que data de 1950, cuya obsolescencia es evidente.

OTRAS DISPOSICIONES

14. **ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. Se reforma el de Castilla-La Mancha**

Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio («BOE» del 4).

La presente reforma afecta al techo competencial de la Comunidad Autónoma, sistema de designación de Senadores, régimen electoral y funcionamiento de las Cortes y el Gobierno de Castilla-La Mancha.

15. **RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN. Se procede a su regulación en Cataluña**

Ley del Parlamento de Cataluña 10/1997, de 3 de julio («BOE» del 19 de agosto).

En ejercicio de sus competencias en materia de asistencia social, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha procedido a promulgar la presente disposición orientada a atender las situaciones de necesidad de las personas que acrediten una residencia continuada y efectiva en Cataluña, como mínimo, con un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud o que, durante los últimos cinco años, hayan residido cuatro en Cataluña de forma continuada y efectiva. Los aspectos más destacables de la regulación presentada son los siguientes:

– La asistencia prevista se manifiesta a través de la elaboración de planes individuales de inserción y reinserción social por los Ayuntamientos y Consejos Comarcales y por las entidades de iniciativa social debidamente homologadas. La aprobación del plan supone la aplicación coordinada de todas o algunas de las medidas contempladas en el artículo 3 –prestaciones de urgencia, apoyo a la integración, formación de adultos, apoyo a la inserción laboral, prestación económica y cuantas se establezcan en el futuro.

– La prestación económica –componente especialmente relevante de las medidas que integran la renta mínima de inserción– se configura como intransmisible de acuerdo con la normativa civil de aplicación –ha de entenderse que tiene carácter personalísimo–, y no puede ser embargada ni retenida ni dada en garantía de obligación alguna. La Ley no diferencia entre rentas ya vencidas y rentas futuras, por lo que habrá de estarse a las conclusiones defendidas por la Doctrina en sede de alimentos. El régimen aplicable al importe de la prestación, su modificación y suspensión, pago y extinción, se contiene en los artículos 21 a 25 de la norma presentada.

– También resulta elogiable la regulación relativa a las relaciones entre la asistencia social que supone la prestación económica de la renta mínima de inserción, y los deberes de alimentos entre parientes regulados por el Derecho civil. En este sentido, la subsidiariedad de la prestación derivada de la renta mínima de inserción queda bien patente en las siguientes previsiones legales:

a) El apartado 2.g), del artículo 6 de la Ley, que niega el derecho a la prestación económica a «La persona solicitante que legalmente tiene derecho a percibir una pensión alimentaria de su cónyuge u otros parientes y no la recibe, pero no ha interpuesto la correspondiente reclamación judicial, excepto en los casos que se determinen por Reglamento».

b) El apartado 5 del artículo 19, según el cual «La Generalidad puede ejercer, en nombre del titular de la prestación económica de la renta mínima de inserción, o de cualquiera de los miembros de la unidad familiar, las acciones que le correspondan contra los demás familiares que tengan la obligación legal de facilitarles alimentos, de acuerdo con lo establecido en la normativa de aplicación».

16. ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO. Se suprime la Agencia Industrial del Estado y se modifica el régimen jurídico de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales

Real Decreto-ley 15/1997, de 5 de septiembre («BOE» del 6).

Con esta disposición se pretende profundizar en la línea de progresiva desvinculación del Estado de la actividad económica directa, suprimiendo la Agencia Industrial del Estado y adscribiendo las empresas que dependían de ella a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, cuyos objetivos, funciones y régimen jurídico se modifican con el objeto de adaptarlos a la nueva realidad. El recurso a la figura del Real Decreto-ley se fundamenta en la necesidad de evitar la incertidumbre que tales medidas pudieran crear en los mercados y en los inversores en grupos participados por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.

Las reformas relativas al régimen jurídico y patrimonial incluyen los siguientes aspectos:

1. La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales se registrará, en todas sus actuaciones, por el ordenamiento jurídico privado, civil, mer-

cantil y laboral, sin perjuicio de las materias en las que le sea aplicable el texto refundido de la Ley General Presupuestaria. En materia de contratación se excluye expresamente la aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, pero se proclama la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia.

No obstante, la realización de los negocios jurídicos mediante los cuales se adquieran o vendan acciones o participaciones, y en los cuales se den las circunstancias contempladas en el apartado 3 del artículo único de la norma presentada, requerirán autorización previa del Gobierno o comunicación a las Comisiones correspondientes del Congreso y Senado, según los casos –básicamente se trata de operaciones especialmente significativas por su cuantía absoluta, por su importancia en relación con el capital de las empresas, o por implicar la pérdida o adquisición de la participación mayoritaria de la Sociedad Estatal en las sociedades participadas directa o indirectamente.

2. El patrimonio de la Sociedad Estatal se configura como propio y distinto al del Estado, viniendo constituido por el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y participaciones accionariales de que sea titular.

Se establece también la subrogación de la Sociedad Estatal en la posición jurídica de la Agencia Industrial del Estado en cuantas relaciones jurídicas sea parte la misma, y especialmente en los contratos del personal.

La Sociedad Estatal viene obligada a dotar, durante los ejercicios de 1997 y 1998 y con los ingresos derivados de sus operaciones de todo orden, sus fondos propios, hasta una cantidad de 900.000 millones de pesetas, sin perjuicio de atender el servicio y repago de la deuda histórica del extinto Instituto Nacional de Industria. Los fondos mencionados han de colocarse, al menos en su mitad, en activos a corto plazo y podrán reducirse en años próximos en los términos dispuestos por la disposición adicional cuarta.

3. En los aspectos fiscales se contempla la exención de los actos derivados de la aplicación del Real Decreto-ley, incluso aportaciones de fondos o ampliaciones de capital futuras para la reestructuración financiera de las empresas participadas, de cualquier tributo estatal, autonómico o local.

4. La norma establece también la reducción de los honorarios profesionales de fedatarios públicos y registradores de la propiedad y mercantiles, en relación con las operaciones descritas en el apartado 4 del artículo único del Real Decreto-ley, y en una cuantía variable, de acuerdo con los tramos que también se relacionan.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, 332 pp.

La protección de la infancia es un tema que ha pasado en la actualidad a primer plano, probablemente a consecuencia de tristes sucesos que han sensibilizado a la opinión pública y al legislador. En esta corriente parece inscribirse la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conocida como Ley del Menor. Ya la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, introdujo cambios sustanciales en el ámbito de la protección del menor, entre los cuales se encuentra la introducción del concepto de desamparo. Sin embargo, el legislador juzgó que tal regulación tenía lagunas así como que se dan hoy «nuevas necesidades y demandas de la sociedad» y decidió aprobar la Ley del Menor. El hecho de darse estas nuevas leyes, unido a la especialidad de la materia de protección jurídica del menor, conectada tanto al Derecho de la Persona como a la labor del Estado Social, dan un enorme interés a este consistente y sólido estudio. En efecto, la presente monografía aborda el estudio del desamparo de los menores y de la tutela automática de las entidades públicas, previstos en el artículo 172 CC. Esta tutela es quizás la que más proyección social tiene. Por ello tiene gran importancia su buen funcionamiento que exige solucionar el problema de combinar la necesaria agilidad con garantías para el menor y quienes le custodiaban con anterioridad, planteándose una rica problemática.

La autora del libro, la Dra. María Ballesteros de los Ríos, es una estimada profesora del área de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

El estudio del desamparo y la tutela automática se hace a partir del análisis del nuevo artículo 172 CC en su redacción por la ley 21/1987, de las regulaciones anteriores en la materia y de la nueva regulación de la LO 1/1996. Se tienen en cuenta asimismo otros sistemas jurídicos, en especial el italiano, la jurisprudencia, y la legislación autonómica, como la catalana.

La obra se estructura en dos grandes partes de parecida extensión: la primera analiza el concepto de desamparo, mientras la segunda trata de la consecuencia jurídica del desamparo que es la tutela automática de las entidades públicas.

Abre el libro un prólogo de don Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, en el cual, además de introducir el libro, el ilustre profesor hace un comentario general, muy crítico, a la Ley del Menor. Esta ley anunciaba «a bombo y platillo» «una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el CC». ¿Ha sido esto así? ¿Supone la ley un cambio radical en el estatuto jurídico del menor? ¿Qué sentido tiene reconocer en esta ley derechos fundamentales constitucionales al menor?

Como decíamos, en la primera parte de la obra analiza la autora el concepto de desamparo. Éste aparece en el artículo 172.1 CC cuya definición de desamparo permanece invariada por la LO 1/1996, sin perjuicio de que ésta contemple algunos aspectos anteriormente no regulados, como el órgano competente para apre-

ciar el desamparo, la notificación del mismo a los padres, tutores o guardadores del menor, la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria que conlleva la tutela de las entidades públicas y la introducción de la distinción entre situación de riesgo y de desamparo. La definición legal es relativamente indeterminada, abstracta, no contiene un catálogo de situaciones de desamparo; cobra entonces especial importancia la actividad del intérprete.

Para el conocimiento de la institución del desamparo, se comienza estudiando el Derecho italiano debido a la gran influencia que éste ha tenido en nuestra Ley 21/1987, de 11 de noviembre, especialmente a través de la ley italiana núm. 184, de 4 de mayo de 1983. También se estudia la jurisprudencia y doctrina italianas cuyo interés por esta materia le ha llevado a un profundo estudio sobre el tema. Se sigue con los antecedentes y génesis del artículo 172.1 CC, en especial la antigua institución del abandono.

¿Cuáles son las características de la noción de desamparo? La situación de hecho que ha de darse parece configurar un concepto objetivo. Es necesario estudiar la falta de asistencia material o moral que exige la ley, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado. ¿Han de concurrir cumulativamente incumplimiento de los deberes de protección y falta de asistencia? ¿Cómo distinguir el supuesto que entraña guarda del de la tutela automática? ¿Cuál es el ámbito de lo moral?

Otra característica de la noción es el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Sin embargo la ley no concreta los supuestos en que se produce éste. Se plantean varios problemas como la naturaleza de los deberes objeto de incumplimiento (¿todos los que integran el contenido personal y patrimonial de la patria potestad y tutela, el derecho a la educación?), el grado de incumplimiento; qué causas del incumplimiento y supuestos concretos pueden incluirse. La imposibilidad de ejercer los deberes (es decir, un supuesto inimputable a los padres) también es contemplada por la ley. Los supuestos de fuerza mayor de carácter transitorio dan lugar a una interesante problemática. Estos supuestos están contemplados expresamente en la legislación italiana pero no en la española. Ejemplos de éstos podrían ser el encarcelamiento del progenitor, o una enfermedad mental no irreversible de éste. Han de encontrarse el o los criterios determinantes de la medida que debe tomarse: ¿la transitoriedad o no de la fuerza mayor? ¿la solicitud de los padres?

Más características de la noción de desamparo son la ausencia de un plazo de duración para apreciar el desamparo y la falta de necesidad de declaración judicial que se analiza a fondo en un momento posterior de la obra.

Prosigue el estudio con la polémica entre las posturas objetivista (que considera el desamparo como una situación de hecho) y la subjetivista (que subraya la importancia del ámbito personal en el concepto).

El desamparo tiene como sujeto pasivo al menor (planteándose el problema de los menores emancipados, de los incapacitados, de los mayores incapacitados) y como sujetos activos, en principio, a progenitores, tutores, guardadores de hecho y acogedores formales, siendo de interés comparar, en cuanto a sujetos activos, la regulación italiana con la española. En efecto aquélla incluye como sujetos activos a los padres y parientes obligados a prestar asistencia: ¿tienen obligación en nuestro ordenamiento de asistir al menor los parientes obligados a prestarle alimentos?

El estudio del desamparo obliga en este momento de la obra a examinar la figura de la delegación de la patria potestad, figura que ni el CC, ni leyes especiales, ni la Ley 21/1987, ni la LO 1/1996 contemplan, aunque estas dos últimas abarcan algunos supuestos prácticos pero pocos, de la misma. Se trata por tanto de una figura cuya autonomía viene propugnada por la doctrina. ¿Es lícita la

delegación de la función de guarda, es decir, la entrega temporal del menor a terceras personas? ¿Dentro de qué límites (para distinguirla del abandono)?

Para tratar este tema, empieza la autora a estudiar con detenimiento el ordenamiento italiano que, sin regular tal figura, sí contempla con bastante detalle supuestos de acogimiento de menores por terceros, entre los cuales se distingue los acogimientos sometidos a control (familiar o institucional) frente a los privados o de hecho, estableciéndose ciertos límites. En Derecho Español el CC, como decíamos, no regula tal figura, si bien algún supuesto es contemplado en la Ley de Adopción y la del Menor, siendo preciso estudiar la licitud de tal delegación así como los límites a la misma. En efecto, los supuestos de delegación son muy variados y caben distintas posibilidades, desde las lícitas como la guarda y el acogimiento que prevé la LO 1/1996, ciertos pactos privados, algunos casos de guarda de hecho, hasta aquéllos considerados ilícitos. Las medidas que pueden adoptarse también serán diferentes: ¿privación de la patria potestad?, ¿desamparo?

Probablemente, la cuestión menos clara, más compleja y trascendental del desamparo en la ley 21/1987 haya sido la autoridad competente para apreciar la situación de desamparo, pues no se decía nada expresamente en la norma. Ello dio lugar a una importante polémica doctrinal recogida en la obra que examina los argumentos a favor de que sea la Entidad pública la que declara el desamparo, a favor de la autoridad judicial... La autora puede sentirse satisfecha de comprobar cómo la Ley del Menor recoge la solución que propugnó, vigente la Ley 21/1987, respecto de esta cuestión.

Para concluir la parte que trata el desamparo, se contemplan los distintos supuestos de éste y su dinámica: la inexistencia de padres o tutores, el desamparo por culpa de quienes tienen la patria potestad sobre el menor (el incumplimiento y el inadecuado ejercicio) y el que se da sin culpa. Se plantea la problemática de la oposición de los padres a la ejecución del acuerdo de la Entidad pública y de los recursos contra las resoluciones declaratorias de las situaciones de desamparo.

La segunda gran parte de este interesante estudio versa sobre la consecuencia del desamparo: la tutela automática de las Entidades públicas que se inscribe en una concepción de la protección del menor menos judicial y más administrativa, siendo las Entidades públicas las que adoptan las decisiones iniciales de protección y las que tienen protagonismo en las reformas de 1987 y 1996.

La primera pregunta que surge a la vista de la nueva regulación es: ¿cuáles son las entidades públicas? Para responder a esta pregunta será necesario tener en cuenta la distribución competencial que se hace entre el Estado central, las Comunidades Autónomas y los Municipios. La ley habla también de entidades colaboradoras, ¿qué ámbito se deja a las entidades privadas?

Como hizo al estudiar el desamparo, la autora empieza el estudio de la tutela de las entidades públicas analizando la regulación italiana en la materia, es decir los poderes tutelares del instituto de asistencia en la ley italiana 184/1983 que, sin duda, ha sido tenida en cuenta por nuestro legislador.

El análisis sigue con el estudio pormenorizado de las diversas regulaciones que a lo largo del tiempo han quedado recogidas por el CC en relación con esta materia. Así la reforma de 1983 sobre tutela que judicializa ésta, modifica un buen número de artículos, estudiándose los artículos 222, 232, 239 (posibilidad de otorgar la tutela al director de un establecimiento público), 242 (sobre capacidad tutelar de las personas jurídicas) CC. La Ley 21/1987 recurre a la tutela con el objeto de designar la función que se atribuye a las entidades públicas respecto de los menores desamparados, utilizando distintas expresiones para deferirla a las entidades en los artículos 172.1.º, 222.4.º, 229, 232 y 239.1.º La LO 1/1996

mantiene la atribución automática, reformándose algunos artículos. Este análisis de las distintas regulaciones ayuda a distinguir la tutela de la guarda, término bastante equívoco, pues ha aparecido en las leyes con múltiples significados. La guarda es una institución radicalmente distinta de la tutela, debiendo distinguirse a su vez la guarda de hecho de los artículos 303 a 306 CC, de la guarda administrativa regulada en la ley 21/1987 y en la LO 1/1996.

La obra presta gran atención a los caracteres de la tutela de las entidades públicas, estudiándolos uno a uno. Así, ésta recae sobre menores en situación de desamparo. Se produce *ex lege*, teniendo por tanto un régimen especial de delación. La tutela es automática; este carácter, sin embargo, es objeto de gran polémica doctrinal, planteando especial problema la compatibilidad entre la tutela de las entidades públicas con unas posibles patria potestad o tutela preexistentes. Más caracteres de esta tutela son su provisionalidad (parece concebida como un inmediato instrumento de protección), el ser administrativa o de titularidad pública, delegable en su ejercicio (pero no en su titularidad). Su delegación puede dar lugar a guarda o acogimiento familiar.

Otra cuestión clave, relacionada con la anterior, a la que se dedica también gran atención es la naturaleza y alcance de la tutela de las entidades públicas. Existen sobre ésta distintas posturas doctrinales: la tutela de las entidades públicas sería una tutela del título X del libro I del CC (con dos variantes: tutela *stricto sensu*, totalmente homologable con las tutelas que regula el CC o verdadera tutela pero de naturaleza especial, no todas las normas sobre tutela le serían aplicables en ese caso) o un título administrativo. Estas posturas son descritas por la autora que defiende que estamos frente a una verdadera tutela de derecho privado con ciertas especialidades, postura que le obliga más adelante a analizar su régimen y contenido.

Para el estudio de la naturaleza de esta institución es necesario analizar a fondo la supuesta incompatibilidad o no de la patria potestad o tutela preexistentes con la tutela de las entidades públicas, cuestión de cuya solución depende el funcionamiento de la institución, y sobre la cual no se pronunció la ley 21/1987. En efecto, ¿cómo se soluciona la incompatibilidad entre la tutela automática y la posible patria potestad o tutela anterior? Hay que dar a esta cuestión una respuesta coherente, que tenga en cuenta los intereses en juego, los caracteres y naturaleza de la institución. La respuesta ha de permitir combinar esa teórica incompatibilidad de dos tutelas o de una tutela y una patria potestad simultáneas, con el respeto debido al control judicial, así como con la atribución de poder a las entidades públicas para constituir una tutela del CC. La autora defendió, vigente la ley 21/1987 y en plena polémica doctrinal, la suspensión de la patria potestad o tutela preexistente al darse la tutela automática. En ese sentido, no habría incompatibilidad entre distintas titularidades, pues se suspendería el ejercicio de la patria potestad o tutela preexistentes, siendo necesaria la intervención judicial para las privaciones de ésta. La suspensión es la solución que recoge expresamente la Ley del Menor, para satisfacción de la autora que defendió tal interpretación. La argumentación a favor de la suspensión incluye el análisis de las diferentes regulaciones que conoció el CC sobre esta figura. Se trae a colación así mismo el Acta inglés sobre la infancia de 1989 que contempla la posibilidad de coexistencia de potestades con respecto al menor en cuanto a su titularidad, pero no en cuanto a su ejercicio.

Sobre la base de considerar la tutela de las entidades públicas como una verdadera tutela pero de naturaleza especial, es obligado el estudio de qué normas del régimen general le son aplicables, y cuál es el contenido de la misma. El carácter automático de la tutela, *ex lege* e institucional requieren determinar la aplicación o no de las normas sobre tutela del CC. Tanto la Ley 21/1987 como

la LO 1/1996 reforman una serie de artículos sobre tutela. La autora estudia las especialidades en cuanto el nombramiento del tutor, las causas de inhabilidad y excusas, la no exigencia de prestar fianza, la obligación o no de hacer inventario, la autorización judicial para ciertos actos (arts. 271 y 272 CC), la retribución del tutor, la posible inscripción en el Registro Civil de la tutela, las funciones del tutor tanto en el orden personal (velar por el menor, deber de alimentos, educar al menor...) como patrimonial y la representación del menor. Para terminar, se estudia la extinción de la tutela automática, extinción que no ha sido regulada ni en la Ley 21/1987 ni en la LO 1/1996.

Cierra el volumen una extensa bibliografía, sobre todo nacional e italiana, que da idea de la solidez de la investigación que, aun teniendo a la vista doctrina y legislación italiana no ha caído en la importación acrítica de sus soluciones.

Esta monografía supone un consistente y sólido trabajo en una materia en la que el Derecho de la Persona, núcleo del Derecho Civil, se encuentra estrechamente vinculado a la labor social de la administración. Tan importante es desde un punto de vista social el funcionamiento correcto del desamparo y de la tutela de las entidades públicas, como desde un punto de vista científico, la labor del intérprete frente a novedades legislativas que se apartan cada vez más de concepciones clásicas. A ambas cosas ha contribuido magistralmente María Ballesteros de los Ríos.

Pedro ARENAS NAON

BLANCH NOUGUÉS, José M.ª: *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano*, prólogo: Antonio Fernández de Buján, ediciones U.A.M. y ed. Dykinson, S. L., Madrid, 1997, 417 pp.

El autor propone un estudio acerca de los orígenes romanos de la responsabilidad civil extracontractual.

En el capítulo I, el autor llega a la conclusión de que en el Derecho romano clásico no estaban aún configuradas las categorías de acciones reipersecutorias (civiles) y las acciones penales; ya que éstas podrían, según la acción de que se tratase, cumplir una función indemnizatoria que comprendería tanto el daño emergente como el lucro cesante (*id quod interest*), como ocurría en el derecho clásico con la acción de la ley Aquilia por daños patrimoniales a terceros. La jurisprudencia romana inducía, doctrinalmente, reglas jurídicas de actuación práctica, derivadas de la resolución de casos concretos, las cuales regían la estructura y función (reipersecutoria y/o penal) que desempeñaban las acciones judiciales en el Ordenamiento jurídico romano.

Ello determina que el autor, en los capítulos II, III y IV, haya realizado un gran esfuerzo de análisis de la estructura y función de las posibles acciones penales privadas en Derecho romano (pp. 77-235).

De entre las reglas jurídicas definidoras de la estructura de estas acciones, la regla de la intransmisibilidad pasiva, es la más característica de todas, y el autor demuestra en su estudio que cumple una función delimitadora de dos ámbitos distintos dentro del Ordenamiento jurídico romano: el de la responsabilidad civil (acciones reipersecutorias - pasivamente transmisibles) y el de la responsabilidad penal en el que se encuentran las llamadas acciones penales privadas. La regla de la intransmisibilidad pasiva es, como indica reiteradamente el autor, una conse-

cuencia lógica del principio de personalidad de la pena, firmemente asentada en el Ordenamiento jurídico de la *civitas*, al menos, desde las XII Tablas. Dicho principio que supone que la pena por un acto ilícito ha de recaer exclusivamente sobre el autor, aparece reflejado en numerosas fuentes jurídicas y literarias romanas, y en lo que respecta a la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales en: Gai 4, 112 (*certissima iuris regula*) y en D. 47, 1,1, pr. Frente a dicho principio se contraponen, como pone de manifiesto el autor, el hecho de que la mayoría de las acciones penales privadas sean activamente transmisibles al heredero de la víctima en el Derecho clásico y justiniano; esta transmisibilidad activa viene dada por la función que cumplían las acciones penales que nacen de delitos que causan una lesión en el patrimonio de la víctima (ej. *furtum*), función no sólo penal, sino también indemnizatoria, lo cual determina que la acción se constituya como un activo más de la herencia, susceptible de ser adquirido por el heredero de la víctima.

En conexión con estos primeros capítulos, en el capítulo VIII, el autor se pregunta si todas las acciones penales fueron pasivamente intransmisibles, ya que Justiniano (S. VI) interpola numerosos textos para hacer decir a las fuentes clásicas que la propia acción penal se da contra los herederos, si bien en el límite del beneficio obtenido. Las dudas surgen respecto a la *actio doli* (fraude) y a la *actio metus* (extorsión), que fueron precisamente las acciones penales pretorias más importantes en la práctica, y ante las que nos encontramos que en textos claros y sencillos del Digesto se nos dice que se dan contra el heredero del delincuente y en favor de la víctima del delito. El autor realiza un interesante análisis de la cuestión, poniéndola en relación con la problemática de la naturaleza y función de estas acciones judiciales en el Derecho clásico. Álvaro D'Ors opina, respecto de la *actio metus* (extorsión), que cumplía también una función reipersecutoria en derecho clásico, y Justiniano califica directamente a la *actio metus* como acción de naturaleza mixta (penal y reipersecutoria). Así pues, el autor defiende en su Tesis, que los pretores en el derecho clásico fijaron la intransmisibilidad de las mismas y la concesión de acciones *in factum* contra los herederos; pero esta artificiosa solución, plasmada en el Edicto del pretor, desaparecería en época postclásica en el seno del procedimiento judicial cognitorio y, a partir de entonces, estas acciones (*dolo* y *metus*) se dan también contra los herederos por lo que se enriquecieron del delito del causante.

En el capítulo VII, el autor trata un tema fundamental: el estudio de la responsabilidad civil del heredero del delincuente. Como hemos visto, los herederos no responden penalmente de los delitos cometidos por su causante, pero tampoco pueden verse beneficiados como consecuencia de los mismos, estaríamos ante un enriquecimiento injusto. Respecto a la responsabilidad civil, el autor plantea dos cuestiones: el modo de hacer efectiva dicha responsabilidad y la determinación y alcance de la misma. En cuanto a la primera cuestión, se pone de manifiesto como en el S. I. d. C. aún pesaban los principios y las formas del viejo *ius civile* republicano y, por tanto, los pretores no se atrevieron a dar las propias acciones penales contra el heredero del delincuente fallecido ni siquiera para obtener el lucro recibido e injustamente retenido. Los pretores aplican la compleja solución de dar a la víctima del delito acciones *in factum* (por el hecho), con una fórmula procesal tan parecida a la respectiva acción penal privada que un romanista alemán (Levy), dirá que son «hijas» de las acciones penales matrices. Estas acciones *in factum* se dirigen contra el heredero en la medida de responsabilidad llamada *id quod ad heredem pervenit* (lo que al patrimonio del heredero entra) que delimita una medida de responsabilidad que el autor identifica a la que resulta del

ejercicio de la *condictio certae rei*, es decir, dirigida a la restitución del valor del elemento patrimonial existente en el momento en que éste llegó al patrimonio del heredero; por tanto, no se tendría en cuenta ni la posterior disminución del valor del objeto por causa de inflación, del gasto o consumo del mismo. Sólo quedaría liberado el heredero por pérdida posterior, por caso fortuito o, al menos, por fuerza mayor. El autor expone otras tesis (Maier) sobre la naturaleza y alcance de esta medida de responsabilidad *pervenire* y lo pone en relación con otra medida de responsabilidad romana: *locupletior factus est* (mayor enriquecimiento obtenido), aplicable a otros ámbitos no penales (donaciones entre cónyuges o posesión de buena fe de una herencia), y en la que se tiene en cuenta el enriquecimiento real del demandado al tiempo de la *litis contestatio*. El autor entiende que esta medida de responsabilidad, más suave en la práctica que la anterior, no es aplicable al heredero del autor del delito.

En los capítulos V y VI, el autor trata respectivamente dos cuestiones conexas con el objeto principal de su investigación. En primer lugar, la extensión de la legitimación activa y pasiva de los interdictos pretorios a los herederos. En segundo lugar, en el capítulo VI, el autor estudia, desde un punto de vista procesal, la regla de la intransmisibilidad hereditaria pasiva: dicha regla no se aplica después de la *litis contestatio*, ya que la obligación de pagar la pena pecuniaria derivada del delito se habría transformado en la obligación procesal de cumplir la sentencia condenatoria, que sí es transmisible pasivamente.

El autor añade un novedoso apéndice en libros de Derecho romano, en el que hace un esbozo de «historia de los dogmas jurídicos» para mostrarnos la forma en que la categoría de acciones penales privadas se recibe en las Partidas de Alfonso X el Sabio, donde se llega a reproducir, aún en «roman paladino» aquella vieja regla jurisprudencial romana nacida del principio de personalidad de la pena.

Y para terminar, quiero destacar del prólogo de A. Fernández de Buján al libro el siguiente párrafo que muestra el valor científico del mismo: *El estudio del Dr. Blanch, realizado con las más depuradas técnicas de la metodología histórica-crítica, muestra, una vez más, la conexión existente entre casuismo, dogmática romana y dogmática-civilística y penalística en la presente obra-moderna (...). En su investigación se deduce el manifiesto interés histórico y actual de su obra, que no responde a un intento de modernizar el Derecho romano, sino que constituye el resultado del análisis directo de las fuentes, lo que en el presente caso ha supuesto el estudio de categorías y principios –como la distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad extracontractual civil– conceptualizados como nucleares por los ordenamientos jurídicos modernos ...*

Elena QUINTANA ORIVE
Universidad Autónoma de Madrid

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *La fiducia sucesoria secreta*, ed. Dickinson, 1996, 1551 pp.

La monografía reseñada bajo el título de *La fiducia sucesoria secreta* esconde un complejo trabajo de investigación que magistralmente el autor ha logrado dotarle de una sistemática perfecta, y de una delimitación conceptual que muy difícilmente podrá superarse teniendo sobre todo en cuenta que como en el prólogo se pone de manifiesto «el conceptualismo es un sarampión que es preciso

pasar y cuanto antes mejor» (Vallet de Goytisolo). La obra constituyó la Tesis doctoral del autor, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra y elaborada bajo la dirección del Dr. don Luis Archederra Aranzadi.

En realidad nos encontramos ante tres completos temas de investigación aunque agrupados bajo la misma rúbrica: lo que el autor denomina «Retrospectiva» que como su propio nombre indica engloba las fuentes jurídicas de la institución no limitándose ésta a las legales, antiguas y modernas sino incluyendo también los trabajos prelegislativos que preceden a los textos legales; la «herencia de confianza» encarando su planteamiento tanto en la perspectiva estática como dinámica teniendo en cuenta que la Ley 40/1991, por la que se aprueba el Código de Sucesiones a causa de muerte en el Derecho Civil Catalán, dedica expresamente a esta figura los artículos 150 a 153 además de las previsiones que ya se tenían en las Leyes 289 a 295 del Fuero Nuevo para el ordenamiento jurídico navarro; y por último, bajo el título de «Tratamientos legislativos de la fiducia sucesoria secreta» agrupa en él a todos aquellos instrumentos técnicos cuyo fin es la pervivencia de un patrimonio destinado a un fin a favor de beneficiarios no determinados y si bien se centra en la Fiducia Continuada genuina figura del Fuero Nuevo de Navarra, Ley 293, lo es únicamente como centro aglutinante de todas aquellas manifestaciones fiduciarias que responde a esta finalidad.

Teniendo en cuenta esas tres coordenadas necesariamente se hace preciso plantearse si se puede adicionar algo que no esté contemplado en esta monografía sobre «La Fiducia sucesoria secreta». No hay que olvidar que don Juan B. Vallet de Goytisolo, *Doctor honoris causa* por la Universidad Autónoma de Barcelona, fue el Presidente del Tribunal ante el cual se defendió; la extensión del trabajo, al que acompaña un selecto y completo índice bibliográfico y Tabla de Jurisprudencia. Y además que durante el proceso codificador ante el debate planteado sobre la conveniencia de conservar o erradicar a esta figura sucesoria, se optó por lo último de ahí que su prohibición absoluta y expresa sea el tratamiento jurídico que recibe en nuestro Código Civil. Pero tampoco podemos afirmar que el Dr. Cámara reduce su estudio aquellos Derechos civiles privativos de Cataluña y Navarra donde legislativamente han regulado esta institución sino que tomando como punto de partida los principios básicos del Derecho de Sucesiones, incardina en ellos la figura en estudio y ello aun cuando concretados éstos en ambos ordenamientos cada uno responde a principios diversos: pues mientras el primero se caracteriza por la exigencia de una serie de solemnidades que deben acompañar a la institución testamentaria, artículo 125 CS Cat. en cambio el Derecho Navarro hace de la libertad civil y como corolario de ella la de testar ambas expresiones del principio *paramento fuero vienze* sus señas de identidad.

A diferencia de lo que suele ser frecuente en el momento de la publicación como monografía de la denominada memoria doctoral, que es el sacrificio de los antecedentes históricos de la figura en estudio, nos encontramos con que no sucede lo mismo con *La fiducia sucesoria secreta* —lo que de por sí ya es un mérito a tener en cuenta— sino que toda la primera parte del trabajo bajo el título de «retrospectiva», está a ellos dedicada. Lo que además de constituir un acierto nos proporciona una visión completa del devenir de esta figura, alternando en su tratamiento el método histórico con el llamado método comparativo interno. En relación con el primero destaca el estudio que de una forma exhaustiva lleva a cabo el Dr. Cámara no sólo de las fuentes legales sino del llamado Derecho común y la doctrina de los autores que lo sustentaron ya que a través de ellos se elaboró una construcción dogmática de la fiducia sucesoria secreta, influenciada posteriormente por los principios del Derecho Canónico sobre disposiciones por

causa de muerte, aspectos que son tenidos en cuenta en el desarrollo que de esta figura se lleva a cabo. ¿Qué decir del segundo? La utilización de la comparación interna que se hace en toda la obra, quizá sea en esta parte donde verdaderamente se pone de relieve la importancia del mismo en cuanto que no se limita a una simple confrontación entre el Derecho Castellano anterior al Código Civil y los llamados derechos forales sino que tomando como punto de partida aquéllos y afirmando el reconocimiento de la fiducia secreta en el mismo, es el proceso codificador, el que la proscribiera, siendo por el contrario en esos momentos apenas reconocida en los diversos territorios con legislación propia hasta que la elaboración de sus respectivas Compilaciones de Derecho Civil en Cataluña y Navarra la regulan, operándose en este momento a diferencia de lo que ha ocurrido con otros temas de Derecho Civil una foralización de la fiducia sucesoria secreta, pues, con anterioridad a la promulgación del Código Civil, ésta estaba vigente en el llamado Derecho Común. Que ello fue así, sin duda se acredita a través del cuidadoso tratamiento dado por el autor a la Jurisprudencia civil y que sin duda es otro de los aciertos que se reflejan en este trabajo.

Para la exposición de la institución estudiada –la herencia de confianza secreta– el Dr. Cámara Lapuente sigue un método que está poniendo de manifiesto la docta dirección del Dr. Arrecherra y que consiste en contemplar la figura desde dos perspectivas completas y sucesivas cuya conjunción sin duda ha proporcionado al autor un estudio exhaustivo de toda la problemática que podía presentar la fiducia al mismo tiempo que procura al lector y estudioso una visión global –antes y después– de la fiducia, sin olvidar su incardinación en esa parte tan específica del Derecho Civil cual es el Derecho de Sucesiones.

Desde la perspectiva estática se nos ofrece las categorías que lo encuadran y le definen: su posición jurídica y naturaleza. Por medio de ella se intenta analizar por separado los elementos que tradicionalmente se han apreciado como característicos de la posición jurídica del heredero de confianza, cada una de ellas más resaltadas según las épocas y los autores así como examinar su similitud y discernimiento de figuras afines.

Las razones que justifican esta metodología son resumidas en que la figura del heredero de confianza no puede ser encasillada teniendo en cuenta la riqueza de sus elementos en una única figura cuya regulación podría ser además desconocida en los Derechos civiles territoriales donde la herencia de confianza es regulada, y lo que impone que sean los factores de la confianza, el secreto y su relación con la voluntad del testador, las bases para la construcción de esta genuina figura. Con ello se está excluyendo las teorías monistas sobre la posición jurídica del heredero de confianza como testigo cualificado, intermediario y ejecutor, mandatario *post-mortem*, administrador o representante o bien como heredero sin ningún calificativo, así como su no acercamiento a las llamadas teorías complejas, pues ni la conocida como agrupación bipolar ni la del negocio fiduciario, aun cuando cuenta con el apoyo jurisprudencial, son idóneas para llegar a configurar la posición jurídica del heredero de confianza de forma orgánica, en la que sin desconocer los aspectos internos en los que se destaca la posición del fiduciario como testigo ejecutor y administrador y los externos, titularidad aparente o formal lo que supone una separación entre el patrimonio propio del heredero de confianza de aquél del cual devienen titulares por la disposición del causante, que no revierte en su propio beneficio y además de carácter transitorio, hace que pueda ser considerada de manera unitaria esta institución jurídica lo que no impide como pone de relieve el autor, que si la revelación de la confianza es la que señala la diferencia entre ambos aspectos, antes *prima* sin duda la

titularidad conferida al confiduciario y después de ella, prima la de ser ejecutor de la voluntad del testador.

Termina esta primera parte de la perspectiva estática con un enjuicioso estudio de esta institución y aquellas otras figuras jurídicas con las que guarda cierto grado de afinidad, como son el fideicomiso puro o el *trust* anglosajón, a la que no es ajena ni el Código de Sucesiones de Cataluña artículo 163,1 ni el Fuero Nuevo, Leyes 224 y ss. o por el contrario, de disparidad, la que se manifiesta como ocurre con las sustituciones fideicomisarias en las que la doble liberalidad y doble orden de suceder esenciales en ellas no se dan en la herencia de confianza ya que la existencia de una sola liberalidad y de un heredero final, son sus señas de identidad. Sin embargo el Dr. Cámara acerca aquellas manifestaciones de fiducia sucesoria que con el heredero de confianza tienen perfiles idóneos y en la voluntad del causante su forja común, encontrando en los llamados Derechos civiles territoriales un campo abonado para ellas: institución de heredero por arbitrio de fiduciario, el testamento por comisario, el testamento *per relationem*, memorias testamentarias, instituciones modales, disposiciones a favor del alma e incluso el albaceazgo en su actual regulación del Código civil de Sucesiones de Cataluña artículos 135 y ss.

Con la segunda perspectiva, la dinámica, comienza lo que pudiéramos denominar vida jurídica de la institución, la cual no va a poder ser limitada al contenido escueto de su regulación legal: artículos 150 a 153 CSC y leyes 289 a 295 FN ya que un ligero examen de ellos nos lleva a afirmar que sólo se ocupan del confiduciario a lo que será preciso añadir, cuál sea la posición del heredero o destinatario final de los bienes así como el de los elementos objetivos estructurales de este tipo de herencia. Todo ello hace que podamos adelantar que en los textos legales donde la herencia de confianza tiene un régimen jurídico específico el legislador se limita no a regular dicha figura, sino a recoger aquellas reglas consuetudinarias afianzadas por el uso de esta institución tan problemática. Por ello en la labor del Dr. Cámara Lapuente necesariamente debe resaltarse que intenta buscar solución, en los propios ordenamientos jurídicos catalán y navarro sin desdeñar su excursus al Código civil, a todas aquellas cuestiones que plantean las lagunas de la herencia de confianza lo que no hubiera sido posible sino gozase de esa sólida formación jurídica de la que hace gala continuamente el autor.

El estudio del contenido de la perspectiva dinámica se desarrolla a través de tres capítulos en los cuales se va relatando los diversos pasos de la vida jurídica de esta institución que no coinciden en el tiempo ni tampoco en los propios protagonistas, Disponente en una primera etapa, Fiduciario, heredero de confianza o confidenciario, según el sintagma con que se le designe, núcleo de esta investigación, siendo la revelación la que pone al descubierto al destinatario de la institución.

I. Comunicación de la confianza.—En él se trata de demostrar que la confianza no sólo es la denominación técnica empleada por el legislador para calificar a una determinada institución sino que constituye su propio fundamento, ya que si ésta no existe, la institución de heredero o la de legatario es inválida, artículos 125,3 CSC y Ley 300 FN y aunque no sea exclusivo de esta figura, consiste en las instrucciones acerca del destino de los bienes hereditarios que el disponente comunica de forma reservada al confidenciario, bien oralmente bien por escrito, sin necesidad de que conste su contenido en el instrumento sucesorio pero sí debe hacerse en él alusión a su existencia. A partir de este momento al autor le preocupan sobremanera dos cuestiones: una referente a qué declaración del disponente es la que adquiere la calificación de confianza y la otra se centra en precisar quién puede ser heredero de confianza.

La primera se resuelve a través de su calificación como declaración de voluntad del disponente confiada al heredero así designado con la categoría de las *mortis causa* y en cuanto institución en la que se enfatiza la libertad de testar es válida cualquiera que sea la forma elegida en su exteriorización, pudiendo coincidir la forma oral y la escrita artículos 152 CSC y Ley 289 FN, apuntándose por parte del autor la necesidad de un nexo entre el disponente y el heredero de confianza y que si bien admite su contenido una diversidad de manifestaciones el momento que debe producirse la comunicación de la confianza y ésta ser recibida por el confidenciario, es según el Dr. Cámara el anterior a la delación de la herencia deduciéndose de ello los requisitos subjetivos que deben acompañar al disponente –capacidad de testar y vecindad civil catalana o navarra y al confidenciario– aptitud natural de entender y querer lo que no supone coincidencia con el momento en que ha tenido lugar la institución de heredero.

II. Nacimiento y desarrollo de la herencia de confianza.–Sin duda el testamento constituye el instrumento más usual para constituir el cargo y un reflejo de ello es que en la regulación positiva de la figura se alude invariablemente al testador como disponente si bien no hay que olvidar el llamamiento que en el Derecho Navarro se hace al pacto sucesorio en la Ley 295 FN y a las donaciones *mortis causa*, existiendo un silencio a este respecto en el ordenamiento catalán, coincidiendo el autor con la mejor doctrina en que es válida, cualquiera que sea la forma común de testar a la que acude el disponente artículo 676 CC perviviendo a este respecto la interdicción formal para el testamento de hermandad según la Ley 199 FN. A partir de este momento se inicia la necesidad de conjugar los principios sucesorios de cada uno de los ordenamientos que contemplan esta figura y las específicas de la herencia de confianza. Por lo que afecta a los primeros ninguna novedad se ofrece en cuanto a la capacidad del disponente la cual dependerá en todo caso de la naturaleza del instrumento sucesorio pudiendo además establecer en éste una serie de modalidades y limitaciones a la propia institución. Sin embargo es la apertura de la sucesión del causante donde la dinámica de esta figura alcanza todo su esplendor. Aquí la coincidencia entre los dos ordenamientos jurídicos que regulan esta figura se limita a la posibilidad de la designación como heredero de carácter formal y tras la revelación, el nombre del beneficiario real de la disposición: presupuestos que obviamente no coinciden en el tiempo. Pero todo lo demás y con razón, es objeto de comparación por el Prof. De la Cámara; de los herederos de confianza en el Derecho navarro, de éstos y legatarios en el título de la sección segunda que preside los artículos 150 ss CSC; el que puedan serlo personas físicas y jurídicas, Ley 289 FN o personas individuales en el artículo 150 CSC lo que supone que la capacidad para suceder que se le requiere en este instante deberá ser apreciada con distintos parámetros: igualmente se reproduce esta dicotomía en el momento de la aceptación; el confidenciario según el sintagma que se emplee –recibe los bienes a título de heredero pero para algo– cumplir los encargos reservados que le han sido confiados, con amplias facultades dispositivas, Ley 289 FN y artículo 153 CSC y representativas, lo que implica la necesidad de tener plena capacidad para obligarse debido a ese doble factor –ejecutor de un destino para los bienes y receptor de los mismos– que aúna su nombramiento. El autor realiza un estudio completo de los efectos de la aceptación de la herencia teniendo presente que es el sistema llamado romano el que opera en el Derecho catalán artículo 28 ss CSC y el germánico en el Derecho navarro Ley 315 FN. Igualmente es preciso distinguir entre la repudiación de la herencia y la renuncia del cargo lo que tiene unos efectos distintos y con una mayor complejidad de situaciones si además son varios los lla-

mados con esa condición pudiendo serlo para ejercer el cargo conjunta, sucesiva o simultáneamente. Este estudio comparativo interno le lleva al autor a resaltar que también los efectos que siguen de la aceptación del cargo se originan *ope legis* y de manera automática en el Derecho catalán artículo 153 CSC «gozarán del beneficio de inventario con la consiguiente limitación de la responsabilidad *intra vires* y separación patrimonial», artículo 153, quedando la herencia configurada como una masa patrimonial autónoma destinada a un encargo reservado; por el contrario en el Derecho Navarro es la extensión a la analogía de lo dispuesto para la Fiducia continuada donde se regulan esos mismos efectos.

Hasta tanto la identidad del destinatario sea revelada tiene especial interés aludir a las facultades con que está adornada la figura del heredero de confianza las cuales no se limitan a la de los demás herederos sino que llevan consigo las de disposición de la herencia, Ley 289 FN o bien como señala el artículo 153 CSC restringida para actos intervivos lo que le permite la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad del caudal hereditario que le ha sido encomendado. Titularidad formal –ya que atribuye un poder enajenativo al servicio ajeno– y que según el autor después de un exhaustivo examen de la legislación hipotecaria desde 1861 permite llegar a la conclusión de que el artículo 2 núm. 3 Ley hipotecaria no se limita a aquellas titularidades fiduciarias que surgen de negocios fiduciarios (Roca Sastre) sino a las que gozan de esta naturaleza, originándose a partir de ese momento todos los efectos que proporciona la inscripción: artículo 34 LH.

III. Cumplimiento del Destino.–El momento temporal en que esto sucede significa la realización de los objetivos que el instituyente se propuso al emplear la herencia de confianza. Y ello porque a través de la revelación no sólo se conoce la identidad del destinatario de la herencia, verdadero heredero o legatario del causante a través de la aceptación en el Derecho catalán y a quien han de ir los bienes después de la revelación, y además con efectos retroactivos al momento de la apertura de la sucesión. De ahí que una de las cuestiones que el Dr. Cámara se plantea, después de configurar a la revelación como la exteriorización de la voluntad que le fue transmitida por el disponente, de señalar sus rasgos más característicos, acto solemne en el Derecho catalán, artículo 152,1 CSC pero no para el Fuero Nuevo, Ley 290, siendo documento idóneo para ello el propio testamento del confiduciario, se plantea el autor la cuestión de si la revocación del testamento supone o no la revocabilidad de la revelación o por el contrario se trata de una declaración que queda dentro del ámbito del actual artículo 741 CC y a ello alude el artículo 129,2 CSC o Ley 209 FN e igualmente si el confidenciario está obligado a la revelación de la confianza. Si el propio disponente puede dispensar de la revelación o someterla a término, si es posible por otra parte la directa ejecución de la confianza sin transmisión de la posición jurídica de heredero o legatario al destinatario –no hay razón para su calificación como obligación legal, si bien ello no es óbice para que desde el punto de vista del Derecho Tributario o limitado a las causas pías en Derecho Canónico constituyan verdaderas excepciones a la falta de obligación civil de revelar. Pero si indirectamente se exige la revelación ¿está sometida a plazo? La importancia de este momento –ya que se produce una alteración de la situación del hasta ese momento heredero de confianza– hace que el Dr. Cámara ante la ausencia de norma al respecto en el Derecho catalán y la indeterminación del plazo por la Ley 291 FN mantiene que éste sea vitalicio, dure lo que la vida del confidenciario, a no ser que el testador le hubiere señalado plazo, queriendo con ello apartarse –pese a la configuración del heredero de confianza como albacea, contador-partidor o representante de la herencia– tanto de los plazos encomendados para ejercer éstos sus funciones

como los breves plazos que el Código civil señala para que los albaceas cumplan su ejecución, artículo 904 CC.

Se pone fin a la dinámica de la herencia de confianza mediante su extinción la cual sucede cuando se da al caudal relicto el destino encomendado; se transforma la titularidad formal, artículo 2.3 LH en titularidad real, surgiendo a favor del fiduciario un derecho de crédito por los gastos que la gestión le ha irrogado a su patrimonio así como la retribución que se hubiere asignado; sin embargo por ser éste el efecto normal hace que el Dr. Cámara ponga fin a esta parte de su trabajo con el estudio de aquellas categorías que van a originar el mismo efecto pero a través de otros derroteros como son: la caducidad y la ineficacia. La razón se encuentra en que el Código de sucesiones de Cataluña hace de la caducidad de las instituciones de confianza una forma de ineficacia genuina de estas figuras: es suficiente con acercarse al artículo 135 CSC, por el contrario el Derecho Navarro no contempla con caracteres propios estas causas de extinción lo que ante esta laguna legal lleva al autor a trasladar a este Derecho los puntos contenidos en el artículo 135 CSC sobre las causas de ineficacia que derivan de la propia singularidad de la figura, pero ni la propia denominación de «caducidad» ni los efectos de dicho precepto resultan adecuadas para el Fuero Nuevo, existiendo, no obstante, causas específicas de ineficacia de la institución de fiducia: fallecimiento sin revelar ni cumplir la confianza; incumplimiento o contravención del encargo fiduciario; revelación o cumplimiento en beneficio propio; ilicitud de los fines (no hay que olvidar el desconocimiento en el *Code* de esta figura en base a estos postulados) siendo los efectos de la ineficacia de carácter retroactivo al fallecimiento del disponente.

La última parte de este estudio el Dr. Cámara lo rubrica bajo la denominación de «Tratamientos legislativos de la fiducia sucesoria secreta». Ante ello, varias son las cuestiones que podemos plantearnos: desde la coincidencia con el título de la monografía como que por el empleo del plural nos está indicando que existen varios y con distinto alcance, de ahí que de inmediato la pregunta sea ¿cuáles pueden ser las razones de tal denominación y cuál es su ámbito y el porqué del estudio?

Evidentemente, hay sistemas jurídicos en los que se proscribe esta figura fiduciaria frente a los que la admiten y entre éstos los que la regulan bien como institución genuina, así Ley 293 FN de Navarra o como se contempla en el Derecho Comparado en el cual el Dr. Cámara ha encontrado después de llevar a cabo una minuciosa investigación concomitancias con instituciones típicas de sus respectivos ordenamientos jurídicos, como son el fideicomiso bancario extendido en la mayor parte de hispanoamérica o el *Trust* típico del Derecho angloamericano con sus diversas manifestaciones. De ello se deduce que el tratamiento legislativo de la fiducia secreta ha diferido de unos ordenamientos jurídicos a otros, oscilando entre la prohibición absoluta a su admisibilidad como figura autónoma aunque su regulación como en el Fuero Nuevo se haga en el título dedicado a los herederos de confianza.

Nuestro Código Civil se alinea claramente entre los primeros, residiendo su interdicción en el número cuarto del artículo 785. Sin embargo, el fundamento de tal prohibición –dice el autor– debe buscarse en alguno de los principios que informan el Derecho sucesorio y que permanecen vigentes en la actualidad y de manera especial: *a)* en el carácter solemne del testamento y sus razones artículo 687 CC; *b)* en ser éste, un acto esencialmente personal artículo 670 CC; *c)* en la certeza del favorecido artículo 750 o la interposición legal de persona artículo 755, así como *d)* la necesidad de que tanto la sustitución fideicomisaria

como sus llamamientos deban de ser expresos artículo 783 y núm. 4 del artículo 785 CC. De todos estos fundamentos que tradicionalmente han servido de justificación a tal prohibición, es el primero el que en opinión del autor sigue representando la frontal oposición a la confianza sucesoria secreta artículos 658, 676 y 687 CC ya que el Tribunal Supremo en los casos en los que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre alguna de las otras alegaciones ha sido transigente en su interpretación, bien señalando que el heredero, albacea o legatario de confianza carece de arbitrio y no participa en la formación del testamento sino en la manifestación de voluntad ya perfecta del testador (ST 30 de mayo de 1978) o que no afronta al personalismo formal ni material que consagra dicho precepto-*ex* artículo 670 (ST 25 de mayo de 1997); se dice igualmente, que se respeta con ella la certeza de la designación del favorecido así como que la mera posibilidad de utilizar fraudulentamente esta figura no se erige en motivo suficiente para prohibirla ya que cuando se utilice directamente con dicha finalidad entra en funcionamiento el límite del artículo 755 CC. Igual resultado llega el Dr. Cámara cuando afirma en contra de la mayoría de la doctrina que los fideicomisos secretos no están prohibidos por la exigencia de que las sustituciones fideicomisarias y sus llamamientos deben de ser expresos vía artículo 783 ss. CC de ahí que intente demostrar que aunque tradicionalmente la interdicción se ha ubicado en el núm. 4 del artículo 785 CC las dificultades con que se ha encontrado el autor para sostener su postura responden tanto a la ausencia de una delimitación exacta del supuesto de hecho de la norma como a la existencia de dos interpretaciones absolutamente divergentes en cuanto al alcance del encabezamiento del mismo: «No surtirán efecto». No ayuda a su aclaración, sin duda, lo dispuesto en el artículo 786 CC. Para percibirnos de ello basta como hace el autor con una lectura de los diversos números del artículo 785 CC; ubicado dicho precepto en las sustituciones fideicomisarias, literalmente los números 3 y 4 no se refieren a auténticas sustituciones sino, en un sentido más general «a disposiciones» lo que permite a juicio del autor extender esta prohibición a todas las manifestaciones de la confianza testamentaria secreta y ello porque suponen una fractura del formalismo testamentario ya que se trata de voluntad extratestamentaria, cualquiera que haya sido la persona que reciba los bienes hereditarios y el encargo así como el título por el que lo reciben. Tomando como punto de partida esta interpretación la duda sobre a cuál de las dos posiciones va a ser la adoptada por el Dr. Cámara, bien la que implica la ineficacia de las instrucciones reservadas pero manteniendo la validez de la institución del fiduciario lo que supone la aplicación del artículo 786 CC a todo el contenido del artículo 785 CC o la que mantiene la ineficacia de toda la disposición testamentaria incluido el nombramiento de fiduciario por no ser aplicable el mencionado precepto se decanta por esta última si bien tiene en cuenta que las consecuencias serán diversas según se adopte una u otra postura: la nulidad total, con los efectos de los artículos 912, 658 y 764 CC o sólo la de las instrucciones reservadas, manteniendo la validez del contenido testamentario siempre que se reúna los requisitos del artículo 672 CC.

Una atención especial –totalmente justificada– dedica el Dr. Cámara al estudio de la Fiducia continuada tras su regulación en la ley 293 Fuero Nuevo de Navarra como figura genuina de este Derecho a diferencia de los demás Derechos civiles autonómicos que carecen de su configuración; lo cual le lleva a plantearse la posibilidad, tomando como punto de partida la STC 88/1993, de 12 marzo, en interpretación del artículo 149.1.8 CE «de allí donde existan...» de si cabe incorporar en ellos figuras extracompiladas y recoger a la fiducia tal como se ha resuelto por algunos ordenamientos, basta con reseñar la Ley 4/1995, 24

mayo, de Derecho Civil de Galicia, sino también porque la misma representa el potenciamiento de entes sin personalidad jurídica que, pese a carecer de ella, pueden ser centro de imputaciones jurídicas y actuar en el tráfico; soslayando un problema puramente conceptual queda por resolver si estos entes que actúan como si fueran sujetos, se les puede considerar capaces: no en vano el número dos de la Ley 293 establece que «La titularidad de los bienes corresponde siempre a la herencia de confianza...» ¿De qué instrumento técnico se sirve el legislador navarro para llevar a cabo tal imputación? A partir de este momento se lleva a cabo una sugestiva investigación rigurosa y profunda, en la que se traen a colación categorías jurídicas básicas del Derecho civil en un intento de buscar solución en lo que está delimitando legalmente a la Fiducia continuada, pero que es preciso justificar para así poder incardinar en la idea de patrimonio adscrito a un fin a todas estas instituciones afines ¿Cuáles sean éstas? Por su proximidad son fundamentalmente dos: de ambas la fiducia toma elementos para su configuración: De la herencia de confianza –no hay que olvidar la ubicación sistemática de la Ley 293 FN, su carácter de disposición gratuita; de la fundación, los bienes en cuanto que en ésta el testador-fundador destina un patrimonio autónomo a satisfacer una variedad de finalidades, si bien el camino a seguir por dichas figuras es diferente: pues mientras que para la primera la atribución de la personalidad jurídica es esencial artículo 3 LF no así para la fiducia que carece de ella y aunque esto parece que pudiera ser definitivo, sin embargo el autor ahonda en la búsqueda de aquel elemento que sirva para aglutinar y no para dispersar y éste se identifica con la idea de patrimonio autónomo sin sujeto determinado. Para llegar a esta conclusión el Dr. Cámara con ese rigor conceptual que le caracteriza va examinando categorías jurídicas anejas a la fundación y que guardando similitud con la fiducia continuada servirán para explicar la ausencia de personalidad jurídica y la presencia de esos bienes destinados a los fines determinados por el disponente.

Esta Ley 293 se adhiere totalmente a esta corriente doctrinal y considera a la fiducia continuada como una universalidad jurídica o patrimonio adscrito –fines duraderos–, lo que justifica que el fiduciario no sea propietario pese a la transmisión de Derechos sino portador de una titularidad únicamente funcional, aceptándose así el concepto actual de fiducia identificado con la idea de destino en este caso de un patrimonio hereditario.

Termina la obra con unas pinceladas por los diversos sistemas jurídicos de Derecho comparado: desde los Códigos añejos: Francia y Alemania hasta los más modernos, Holanda, Quebec, sin olvidar la rica variedad legislativa de hispanoamérica donde la figura del Fideicomiso bancario ha tenido tanta acogida y desarrollo; sin olvidar al *trust* de naturaleza anglosajona.

El lector se dará cuenta de que la somera e incompleta reseña que antecede así como los juicios estimativos que en ella se pueden apreciar y que sinceramente he formulado, no significa que ninguna de las opiniones de la monografía sean discutibles creo por el contrario que su calidad es un estímulo para quienes hemos hecho de la docencia en la universidad nuestra profesión y nos congratulamos por ver la seriedad con que en ella se trabaja y el rigor jurídico que ha demostrado el Dr. Cámara Lapuente.

Teodora F. TORRES GARCÍA
Catedrática Derecho Civil

CLEMENTE MEORO, Mario E.: *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, ed. tirant lo blanch, Valencia, 1997, 380 pp.

1. Una de las disfunciones del Registro de la Propiedad (RP) es la posibilidad de que una misma finca, o parte de ella, aparezca en dos o más folios registrales a nombre de distintos titulares. Es éste un supuesto de doble inmatriculación (DI) (en sentido estricto) y las causas de su origen son dispares (facilidad para inmatricular una finca, no apoyo del RP en el Catastro, etc).

Descubierta la DI, procede determinar quién es el verdadero titular de la finca, entre los titulares registrales en conflicto. Para ello ha de acudirse a la oportuna regla o reglas jurídicas. El problema es que la Ley Hipotecaria (LH) y el Reglamento Hipotecario (RH) no ofrecen, de forma directa, cuáles son estas reglas. Como de sobra es sabido, el artículo 313 RH se limita a preceptuar, que descubierta la DI puede pedirse que se «dicte auto ordenando que se extienda nota suficiente expresiva de la doble inmatriculación al margen de ambas inscripciones. En el auto se reservarán a los interesados las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración de mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente». Esta realidad obliga, a la jurisprudencia y a la doctrina de los autores, a buscar las reglas jurídicas de solución. Y en esta línea de búsqueda hemos de situar la presente monografía de Clemente.

2. ¿Cuáles son, en síntesis, las reglas jurídicas a las que acude Clemente para determinar, quién es el titular de la finca doblemente inmatriculada?

La primera cuestión sobre la que se pronuncia es que, a diferencia de algunas sentencias del TS y de algunos autores, admite la aplicación de las normas y principios hipotecarios a la DI. Resuelta esta cuestión, que posee un carácter previo por cuanto condiciona el abanico de reglas a las que se pueden acudir, Clemente pasa a desarrollar en qué casos procede, y en cuáles no, la aplicación de las normas y principios hipotecarios. Expone su opinión desde dos distintos puntos de partida: a) distinguiendo según el modo de adquirir del sujeto implicado (*a domino, a non domino*) (pp. 206-218); b) si los sujetos implicados tienen o no la condición de tercero hipotecario (pp. 218-220). Con la única pretensión de una mayor brevedad en la exposición, reproducimos la opinión de Clemente desde el segundo punto de partida. Distingue aquí tres casos, que son los siguientes.

2.1 *Ambos titulares registrales son terceros hipotecarios.* En este supuesto no cabe acudir al principio de fe pública registral. La justificación de esta inaplicación se encuentra en que la protección que se obtiene por la fe pública registral deriva de la inscripción, y dado que ambos titulares son titulares registrales, los respectivos beneficios de la fe pública registral se neutralizan. No hay razón que justifique dar preferencia, por este principio, a un titular sobre el otro. Esta regla de la neutralización de efectos registrales, que aquí se encuentra aplicada a la fe pública registral, es un criterio claro para Clemente. Y consecuencia de dicha neutralización, tampoco pueden aplicarse las reglas del artículo 36 LH (usucapación *contra tabulas*), porque este artículo es un efecto de la fe pública registral del 34 LH.

El criterio de solución al que Clemente entiende que debe acudirse es el de la usucapación. Es un modo de adquirir originario, que al mismo tiempo determina la extinción del dominio del sujeto que había adquirido con anterioridad. En la DI, se prefiere al titular registral que, además, poseyó, en concepto de dueño, la finca durante los plazos señalados en el CC (usucapación ordinaria, extraordinaria).

Y en el caso de que ninguno de los titulares registrales hubiera podido adquirir por usucapación, según Clemente, debe diferenciarse si la DI tiene su origen en

una doble venta o no. En el caso de la doble venta, se prefiere a quien primero inscribió (aplicación del artículo 1473 CC); en otro caso, se comparan los títulos civiles de ambos y se da preferencia al titular registral que deriva su asiento del *verus dominus*, aunque hubiera inscrito con posterioridad al otro titular registral.

2.2 *Uno sólo de los titulares registrales es tercero hipotecario.* Señala Clemente que el titular registral que no es tercero hipotecario sólo puede haber adquirido por usucapión (modo originario). Aquí son aplicables las reglas del artículo 36 LH, y ello, porque ya sabemos que este artículo es un efecto de la fe pública registral y porque uno sólo de los titulares registrales implicado en la DI es tercero hipotecario (no hay pues neutralización de efectos).

Recordemos que el artículo 36 LH (usucapión *contra tabulas*) ofrece unos criterios de solución para el caso del tercero hipotecario que adquiere una finca, en alguna de estas tres situaciones: 1) finca ya adquirida por otro sujeto distinto a su transmitente por usucapión [art. 36.I.a) y b) LH]; 2) finca poseída por un sujeto distinto a su transmitente y al que le queda un año para completar la usucapión [usucapión cuasi consumada; art. 36.I.a) y b) LH]; y 3) finca poseída por un sujeto distinto a su transmitente y al que le queda más de un año para la usucapión (usucapión en curso; art. 36.II LH). Dependiendo de cómo sea el concreto supuesto y aplicando las reglas del artículo 36 LH, en unos casos será preferido el titular registral tercero hipotecario, y en otros, el titular registral, poseedor en concepto de dueño y no tercero hipotecario.

2.3 *Ninguno de los titulares registrales es tercero hipotecario.* El primer criterio al que ha de acudir es el de la usucapión: tiene preferencia el titular registral que usucapió la finca. Sin embargo, si ninguno de los titulares registrales implicados ha usucapido, Clemente diferencia si el origen de la DI es una doble venta (aplicación del criterio de la prioridad en la inscripción: art. 1473 CC), o uno de los titulares trae causa de quien inscribió con título nulo o falso (se prefiere al otro titular registral).

3. Pero Clemente no se limita a ofrecer al lector los anteriores criterios de solución para las distintas situaciones de DI. En su monografía, trata con detenimiento otras cuestiones que suscita la DI y de las cuales sólo exponemos algunas. Con ello pretendemos que el lector pueda darse cuenta de la riqueza del estudio llevado a cabo por Clemente sobre la DI.

3.1 A propósito del artículo 36 LH, que como hemos expuesto se aplica sólo si uno de los titulares registrales implicados es tercero hipotecario, Clemente plantea dos cuestiones.

La primera es si el artículo 1949 CC está vigente o derogado por el artículo 36 LH. Dice aquél: «Contra un título inscrito en el RP no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de terceros, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo». Indica Clemente que la redacción del artículo 1949 CC coincide parcialmente (en la usucapión ordinaria frente a tercero) con la de los artículos 35 LH 1869 y LH 1909 (idénticos éstos). Los artículos 35 diferenciaban la usucapión frente a «tercero» y frente «al dueño dueño legítimo del inmueble». La distinción se basa en cómo se establece la relación de usucapión. El «dueño legítimo del inmueble» es el titular registral frente al que se inicia la usucapión, y el «tercero», el sujeto que adquiere la finca del titular registral con posterioridad al inicio de la usucapión. Por otra parte, recuerda Clemente que las reglas de estos preceptos tienen justificación, si tenemos presente que hasta el 1 de enero de 1875 se permitía la inscripción de títulos contradictorios de dominio y que hasta la LH de 1909 se admitía la inscripción de la

posesión de una finca ya inmatriculada a nombre de otra persona. Con la LH de 1944 aparece el vigente artículo 36, y en opinión de Clemente, éste deroga el artículo 1949 CC.

Esta derogación tiene consecuencias en el sistema de cómputo del plazo exigido para la usucapición ordinaria frente al tercero. El artículo 36 LH no especifica cómo se inicia el cómputo del plazo de posesión de la usucapición y se limita a decir que, en la usucapición *contra tabulas* frente a quien no es tercero, «se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil» (36.III LH). Esta regla implica, en la DI, que en la usucapición *contra tabulas* no se inicia el cómputo del plazo de posesión del usucapiente desde que inscribió en el RP (el art. 1949 CC está derogado), sino desde que hubo efectiva posesión en concepto de dueño; además, puede sumar a su posesión el tiempo de su causante, y, se presume que el poseedor actual, que lo ha sido en época anterior, ha poseído durante el tiempo intermedio (art. 1960 CC).

La segunda cuestión que Clemente plantea sobre el artículo 36 LH es la de, a qué tipo de usucapición se refiere, y a su entender, incluye la extraordinaria y la ordinaria. Afirma Clemente que el usucapiente sí puede ser de buena fe (requisito de la usucapición ordinaria) porque no se le exige que consulte otro folio del RP diferente al folio en el que aparece la titularidad de su transmitente (se ha alegado que no puede haber buena fe si otro folio del RP publica, sobre la misma finca, la titularidad de otro sujeto distinto al transmitente).

3.2 Como es conocido, los artículos 38.I *in fine* y 35 LH establecen una serie de presunciones posesorias en favor del titular inscrito. Clemente plantea si tales presunciones posesorias pueden aplicarse a la DI. Su respuesta es negativa.

Entiende Clemente que la presunción de que quien tiene inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene su posesión (art. 38.I *in fine* LH), no funciona en la DI porque, al ser todos titulares inscritos, se produce la neutralización de los efectos derivados de la inscripción. Y la misma justificación aplica al artículo 35 LH. Éste regula la usucapición *secundum tabulas* y establece las presunciones de que el titular inscrito «ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia de su asiento y de los antecesores de quienes traiga causa». En la DI, al titular registral que le interese (recuérdese, la usucapición permite en algunos casos saber quién es el verdadero titular) habrá de probar su posesión en concepto de dueño. Y, aclara Clemente, probada la posesión en concepto de dueño, de esta prueba no debe extraerse la consecuencia de aplicar las demás presunciones posesorias del artículo 35 LH (posesión pública, pacífica e ininterrumpida y de buena fe). No obstante esto, el titular registral sí se beneficia de las presunciones posesorias del CC (la de los arts. 434, 435, 436, 448, 459, 1960.2.^a), y ello, no por ser titular registral, sino por ser poseedor.

Por otra parte, y en relación al «será justo título la inscripción» del artículo 35 LH, Clemente entiende que el titular registral, que probó su posesión en concepto de dueño, no puede ampararse en esa equiparación. La razón es, una vez más, la neutralización de los efectos de la inscripción cuando hay una DI. En consecuencia y de acuerdo con el CC (art. 1954), el titular registral poseedor también debe de probar su justo título verdadero y válido.

3.3 Hemos dicho que Clemente admite la aplicación de las normas y principios hipotecarios a la DI y entre éstos está el principio de fe pública registral del artículo 34 LH. En contraste con esta opinión, hay autores y sentencias del TS que niegan, por diversas razones, la aplicación del artículo 34 LH a la DI.

Clemente expone esas distintas razones alegadas y nos indica porqué discrepa de ellas. En concreto:

a) El TS ha afirmado la no aplicación de los efectos de la fe pública registral si ambos titulares son terceros hipotecarios (neutralización de efectos). Ante esto, Clemente señala que esta argumentación permite aplicar la fe pública registral si sólo uno de los titulares registrales es tercero hipotecario (éste, en principio, será preferido).

b) Otras sentencias del TS han afirmado que no hay tercero hipotecario porque, al publicar el RP, en otro folio, la titularidad de la finca a nombre de persona distinta del transmitente, el adquirente no puede ser considerado de buena fe (requisito del art. 34 LH). Clemente, tras recordar la presunción legal de buena fe y que para destruirla el TS exige prueba cumplida y rigurosa de lo contrario, entiende que es difícil, sólo con esa argumentación, considerar que el adquirente no es de buena fe. Según Clemente, el tercero hipotecario debe atenerse al folio registral de su transmitente y no se le exige (diligencia), que consulte todos los asientos del RP para constatar si la finca que adquiere está inmatriculada en otro folio registral distinto al de su transmitente. Ahora bien, dice Clemente, si se puede probar que el adquirente conocía la DI, no es de buena fe y no dispondrá en consecuencia de la protección de la fe pública registral.

c) Hay sentencias de TS que justifican la no aplicación del artículo 34 LH a la DI, en que este precepto no se extiende a los datos de hecho. Clemente no admite este argumento porque lo que se discute en la DI es una cuestión jurídica (titularidad) y no una cuestión de hecho (linderos, cabida, etc).

d) El artículo 34 LH establece que para proteger al tercer adquirente no ha de constar en el RP causa que «anule o resuelva» el derecho del transmitente y dado que en la DI sí consta, alguna sentencia del TS y García-Monge han sostenido la inaplicación del artículo 34 LH a la DI. Aquí, Clemente reitera que el adquirente sólo está obligado a comprobar el folio en el que consta el derecho de su transmitente, y no los demás folios del RP. Luego procede la aplicación del artículo 34 LH a la DI. Añade, además, que con relación al folio del transmitente sólo perjudican al adquirente las causas que constan claramente en dicho folio («explícitamente» según el art. 37.1.º LH). No obstante esto, reconoce que puede haber casos en los que haya indicios relevantes que deben inducir al adquirente a indagar la realidad extrarregistral y demás asientos del RP.

e) Varias sentencias del TS niegan la aplicación del artículo 34 LH a la DI porque en la inscripción falta la exactitud necesaria para que haya efectos registrales. Aclara Clemente que este argumento jurisprudencial no es muy explícito y es difícil saber qué quiere decir. Advierte, que presupuesto de aplicación del artículo 34 LH es que el RP sea inexacto; que sólo si hay discordancia entre realidad extrarregistral y registral puede plantearse que prevalezca la primera sobre la segunda, y a su entender, como ya sabemos, el principio de fe pública registral se aplica en la DI.

3.4 Un criterio de solución para la DI, defendido por varios autores y diversas sentencias del TS, es el de la antigüedad en la inscripción. Aquí la cuestión no es admitir este criterio para la DI –ya sabemos que Clemente lo aplica–, sino determinar cuál es su apoyo jurídico. Y a ello procede Clemente.

Algunas sentencias del TS justifican este criterio de solución en el principio de prioridad. Clemente matiza que no puede acudirse con carácter abstracto a dicho principio (¿el que primero contrató, adquirió o inscribió?), sino que ha de

acudirse a una prioridad concreta que, a su entender, en la DI es la relativa a la inscripción en el RP.

También se ha apoyado el criterio de la antigüedad en la inscripción en el artículo 1473.II CC («Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro»). Entiende Clemente, que el artículo 1473.II CC se aplica a la venta de una finca por un vendedor a dos o más compradores distintos, siempre y cuando la primera venta no esté consumada cuando tiene lugar la celebración de la segunda. La norma del artículo 1473.II CC se relaciona con el principio de inoponibilidad, formulado éste en los artículos 32 LH y 606 CC. Este principio es típico de los sistemas registrales latinos y tiene por fin solucionar casos en los que hay varios adquirentes de un mismo transmitente: el RP no garantiza que este último sea dueño, sino que los actos de su transmitente, no inscritos con anterioridad, no perjudican al que inscribe. Pero, aclara Clemente, este principio de inoponibilidad está conectado con el de prioridad: la inoponibilidad se concreta en un determinado momento (aspecto temporal), y esto lo hace el principio de prioridad.

Asentadas las anteriores ideas, Clemente plantea cómo juegan los principios de inoponibilidad y prioridad en la DI. A propósito del primero, afirma que sólo podría aplicarse a los supuestos de doble venta, pero, como los titulares en conflicto son todos titulares registrales (DI), tiene lugar la neutralización de este efecto derivado de la inscripción. Sin embargo, sí puede acudir al principio de prioridad. Principio que según Clemente, y ya lo hemos expuesto *supra*, opera si ambos titulares son tercero hipotecario, o si no lo son, siempre que el conflicto derive de un mismo transmitente, pero no opera si uno de los titulares registrales es tercero hipotecario y el otro no (aplicación aquí del principio de fe pública registral).

3.5 El último principio hipotecario en el que se detiene Clemente en relación a la DI es de la legitimación registral del artículo 38.I, regla primera, LH. Coincide con el TS en su no aplicación a la DI, consecuencia de la neutralización de los efectos de la inscripción por ser todos titulares registrales.

4. Hemos de destacar la metodología empleada por Clemente en el estudio de la DI, con la cual coincidimos. A lo largo de su exposición y en cada uno de los concretos apartados, además de manifestar cuál es su opinión y el porqué de ella, va combinando, de forma correcta y con soltura, la doctrina de los autores y de la jurisprudencia del TS. Esto último da al trabajo una destacable visión práctica y realista de la DI, y es de valorar porque con ello podemos darnos cuenta de la variedad de supuestos encerrados tras la DI y de cómo éstos se solucionan (lo que permite ante un caso concreto una mayor previsibilidad en la solución que pueda dar el órgano judicial y, con carácter general, un incremento de la seguridad jurídica). La claridad en el lenguaje empleado y plasticidad de transmisión de las distintas ideas son también de destacar. Éstas siempre son necesarias e imprescindibles, pero su falta quizá se note más en una materia como la del RP, en la que existe gran variedad de opiniones doctrinales y, en algunos casos, resulta difícil aglutinar o clasificar las grandes líneas sobre un tema. Se trata de una monografía que, como siempre ocurre, se puede o no estar de acuerdo con su contenido, pero que, y esto es lo relevante, ofrece el estado de la cuestión sobre la DI e induce a la reflexión.

En cuanto a la estructura de la obra, es como sigue: tras un prólogo y una introducción, el apartado primero se titula, *Concepto y causas de la doble inmatriculación*; el segundo, *Previsiones legales relativas a la doble inmatriculación*; el tercero, *Criterios jurisprudenciales y doctrinales sobre la determinación del titular legítimo en los supuestos de doble inmatriculación*; el cuarto, *Principios hipotecarios y doble inmatriculación*; el quinto, *Usucapión y doble inmatricula-*

ción; y el sexto, *Conclusiones sobre los criterios de solución en caso de doble inmatriculación*. Continúa con dos apéndices: uno de resoluciones de la DGRN, otro, de sentencias del TS (Sala 1.ª). Sigue con dos índices de resoluciones de la DGRN y de sentencias del TS. Y acaba con la bibliografía utilizada.

Nieves FENOY PICÓN

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: *La reserva de dominio en la quiebra*, ed. Civitas, Madrid, 1997, 383 pp.

La reforma indefinidamente pendiente del Derecho concursal parece haber desincentivado los estudios doctrinales en la materia. Resulta, ciertamente, llamativo el menguado número de publicaciones monográficas que se adentran en el Derecho concursal. De este modo, el escaso tratamiento monográfico ocasiona a los intérpretes difíciles problemas en la práctica, que, muchas veces, inducen a los operadores jurídicos a establecer criterios alejados de la deseable puridad jurídica.

Por este motivo, la aparición de una monografía sobre Derecho de quiebras debe ser siempre bienvenida. En la obra que analizamos se estudia, en concreto, el régimen de las garantías mobiliarias en la quiebra a propósito de una garantía mobiliaria específica: la reserva de dominio. La reserva de dominio es un pacto frecuente en cualquier transacción en la que el pago del precio queda total o parcialmente aplazado. Consiste en una estipulación por la cual comprador y vendedor acuerdan que el vendedor retendrá la propiedad hasta el completo pago del precio. Cobra, consiguientemente, gran relevancia práctica la determinación de hasta qué punto dicho pacto es vinculante en las situaciones concursales y, en general, en las situaciones de prelación de créditos –embargos, tercerías.

Como paso preliminar al análisis de la cuestión principal –régimen de las garantías mobiliarias en la quiebra– en el libro se desbrozan cuestiones generales como la controvertida naturaleza de la reserva de dominio y aspectos funcionales de tal naturaleza (embargo, subsistencia de la reserva de dominio pese a la caducidad de la inscripción), el régimen de la quiebra sobre los contratos pendientes de ejecución, la aplicación del artículo 1124 CC a las situaciones concursales y el sistema de retroacción de la quiebra.

Los requisitos de la oponibilidad de la reserva de dominio se examinan tanto respecto de la quiebra del comprador como de la quiebra del vendedor. En todo caso, el autor destaca la insatisfactoria regulación legal de las garantías mobiliarias dentro de la quiebra y critica, especialmente, la necesidad de inscripción de la reserva de dominio para su oponibilidad a terceros. Desde esta perspectiva, el sistema español aparece orientado por una perspectiva formalista en la que se intenta escapar a la aplicación del principio de la *par conditio creditorum* a través de mecanismos contractuales: *leasing*, *reserva de dominio*, etc. Es, por ello, especialmente interesante el análisis efectuado por el autor en relación con las garantías atípicas (condición resolutoria expresa, negocios fiduciarios, ventas con pacto de retroventa con finalidad de garantía, *leasing* y derechos reales limitados en función de garantía).

El estudio se completa con un análisis de los aspectos de Derecho Internacional Privado y con la regulación de la materia en la Compilación Navarra. Este último tema suscita la *vexata quaestio* relativa a la competencia del Estado y las

Comunidades Autónomas en materia mercantil, posición en la que el autor parte de una consideración restrictiva de la competencia de determinadas Comunidades Autónomas en materia civil, de tal modo que no quede vaciada de contenido la competencia del Estado en materia mercantil.

Carlos BAQUERÍN ALONSO

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: *La marca comunitaria. Aspectos procesales y de Derecho Internacional Privado del Reglamento sobre la marca comunitaria*, Bolonia, 1997, 295 pp.

La creación de un espacio jurídicamente integrado donde la protección de los derechos de propiedad no adolezca de las limitaciones inherentes a la territorialidad propia de la fragmentación tenía que comportar la superación de los esquemas en los que tradicionalmente se ha desenvuelto el sistema de derecho internacional privado de las llamadas propiedades especiales, vale decir (para lo que nos interesa en este momento), los derechos de propiedad industrial. Así las cosas, la marca comunitaria ofrece un espacio abierto a la innovación particularmente adecuado y cuya proyección se despliega en tres niveles: Una reglamentación sustantiva tendencialmente completa, que en tanto que es consciente de su insuficiencia resulta tributaria de normas de conflicto y, por último, los desarrollos procesales que permitan instrumentar la defensa de aquellos *property rights*, en el bien entendido que la tutela de las posiciones patrimoniales, siempre ancilar a esas posiciones sustantivas, no puede no desenvolverse en un plano coherente con el de su vigencia temporal, material y –he aquí la clave– espacial.

Al estudio pormenorizado de los mecanismos procesales de salvaguardia de los derechos derivados de la marca comunitaria y su implementación se destina la mayor parte del ensayo que ahora reseñamos. Vaya por delante el reconocimiento de la satisfacción que produce leer trabajos como éste, rigurosos, pegados a las necesidades de la práctica, impecables en el manejo de los conceptos –a veces tan crípticos– propios del método internacional privatístico, agotadores en la selección bibliográfica y en la jurisprudencia; al fin y a la postre, no podía ser de otro modo viniendo avalado por el acabado prólogo de Vito Mangini y su publicación en los *Studia Albortiana* (lo que no será óbice para que no estemos de acuerdo en cuestiones, eso sí, puntualísimas). La obra parte de la presentación de los tribunales de marcas comunitarias, su especificidad estructural, las implicaciones constitucionales y el alcance de sus funciones, para pasar seguidamente al estudio de los foros de competencia retenidos en el Reglamento de Marca Comunitaria y a cerrar con una referencia exhaustiva a las vicisitudes padecidas por las claves de competencia retenidas como consecuencia de la existencia de litigios pendientes de contenido idéntico o conexo en el espacio integrado (*litispendencia* y conexidad); existe, eso sí, una especie de isla de difícil justificación sistemática, pues incrustado en mitad de sus páginas encontramos un capítulo dedicado a la ley aplicable que, lógicamente –y siempre y cuando se quiera seguir el orden natural de desenvolvimiento del razonamiento de derecho internacional privado– debería aparecer al final: Sólo cuando individualicemos definitivamente el tribunal competente habrá que iniciar la investigación relativa a la solución material de la diferencia.

Los Tribunales de marcas comunitarias tienen competencia exclusiva, general e intracomunitaria para conocer de las acciones por violación o intento de violación de una marca comunitaria, de comprobación de inexistencia de violación, de indemnización de daños y perjuicios y de reconversión por caducidad o nulidad de la marca (aunque ciertamente el Reglamento no ofrece una disciplina acabada de esas acciones, dependiendo de las *leges fori* para ofrecer los concretos mecanismos procesales idóneos a su ejercicio). Como señala el doctor Lobato, la posibilidad de que un solo tribunal pueda conocer de acciones de ese contenido aunque se refieran a hechos verificados en distintos Estados comunitarios –con matices– evita a los titulares de las marcas tener que iniciar procedimientos judiciales en cada uno de los Estados en los que se haya producido infracción de sus derechos (p. 31); por ello, y sin desconocer el mérito de no incrementar costes de litigación –y consiguientemente no disuadir la defensa de los propios derechos–, por mor del necesario respeto del derecho a la propia defensa, el RMC tuvo que definir unos foros de competencia ajustados y razonables.

Es interesante recordar cómo la competencia para el conocimiento de las acciones de nulidad de la marca se reparte entre los Tribunales de marca comunitaria (trámite reconversión) y la OAMI (mediante la acción directa de nulidad); subraya el autor las dificultades de engarce entre ambas competencias, analizando los instrumentos de coordinación entre ellas (suspensión del procedimiento ante el tribunal e invitación a presentar acción directa ante la OAMI en caso de reconversión) evidenciando que al no ser esta última propiamente un órgano jurisdiccional (lo que ha llevado a curiosas fintas terminológicas, como por ejemplo evitar el empleo de la palabra «demanda» y su substitución por «solicitud» cuando se trate de procedimientos ante ella), se genera la exótica situación en la que sus pronunciamientos vinculan a los Tribunales de marca, produciendo cosa juzgada (pp. 45 ss.).

Estudia asimismo los supuestos de licencia de marca, en los que se precisa conjugar los intereses de, al menos, tres operadores. El artículo 96.3 RMC abandona a los ordenamientos nacionales la situación en la que una demanda de reconversión es interpuesta en un proceso en el que el titular de la marca no es parte, en modo paralelo a cuanto se hizo en numerosos pasajes del Convenio de Bruselas de 1968. En este punto reconstruye el sistema patrio defendiendo la existencia de una no plena substitución procesal del licenciatario exclusivo y la extensión del efecto de cosa juzgada al titular de la marca, que en todo caso conserva la legitimación para ejercitar la acción de violación y la posibilidad de intervenir como parte en el litigio ya iniciado (pp. 54 ss.).

Analiza las diferencias entre la reconversión y la excepción de nulidad o caducidad de la marca, poniendo de relieve que mientras la primera afecta radicalmente el derecho del titular de la marca, la excepción, aun teniendo un alcance menor, simplifica el procedimiento y evita la remisión a la OAMI; no obstante, el criterio del RMC ha sido restrictivo tanto en lo tocante a los procesos dentro de los que éstas pueden ser presentadas (de violación *stricto sensu* y de indemnización por violación de una solicitud de marca) y cuanto en lo relativo a las admisibles (caducidad por no uso y nulidad relativa por preexistencia de un derecho anterior del demandado).

En el estudio de las medidas provisionales y cautelares parte de postulados discutibles a nuestro entender, desde el momento en que se alinea en contra de lo que dispone el propio RMC en su artículo 99 presumiendo que no cabrá su reconocimiento y ejecución fuera del Estado de adopción y aconsejando, más que la

centralización de su solicitud ante un tribunal competente, su solicitud en tantos foros como sea necesaria la protección del derecho (p. 92), con lo que destruye el sistema pergeñado ya desde 1968 y que tan bien está funcionando; igualmente, no podemos compartir la afirmación según la cual cualquier criterio nacional de atribución de competencia, incluso los exorbitantes, es válido en esta materia: Hay que diferenciar el contenido de las medidas a adoptar (cuestión que lógicamente sí que se tiene que dejar a la *lex fori*) y el criterio de competencia utilizado para ello (y aquí opera la tasa del mencionado Reglamento, con la consiguiente exclusión de los foros exorbitantes). En este sentido, y aunque le pese al autor, el artículo 99 RMC lo único que ha hecho ha sido recoger y aclarar las orientaciones recogidas por el artículo 24 CB, cuyas líneas de interpretación por lo tanto –y salvo prueba en contra– deben seguir vigentes para la marca comunitaria (v. gr., para las medidas adoptadas *inaudita altera parte*, para las que el profesor Lobato propone una solución diferenciada insistiendo en las razones que el TJCE tuvo oportunidad de rechazar en su momento: pp. 99 ss.). Por lo demás, es claro que la solicitud de diferentes medidas cautelares en diferentes Estados no genera situaciones de *litispendencia* y que cabe la centralización convencional de la competencia para el fondo y para este tipo de medidas (pp. 101 ss.).

El capítulo IV se destina al estudio de los foros de competencia utilizados por el legislador comunitario en el artículo 93 RMC. Tal vez habría sido conveniente detenerse en este extremo antes de centrarse en las medidas cautelares, en la medida en que la norma del artículo 99 es tributaria de aquéllos. Sea como fuere, lo cierto es que la técnica expositiva empleada en este tema permite al autor evidenciar el orden de prelación utilizado por el RMC: Siguiendo el esquema empleado por aquella disposición, ordena los criterios de competencia según la cascada recogida en ella, donde los tres primeros operan uno en defecto del anterior. Parte del criterio del domicilio del demandado, analizando los problemas de determinación y de pluralidad, para seguir con el domicilio del demandante en defecto de domicilio del demandado en territorio de un Estado contratante, foro que como pone de manifiesto el doctor Lobato beneficia a los que operan desde el territorio comunitario y que en este sentido entronca con el artículo 4 CB y que debe funcionar como atributivo de competencia interna en caso de discordancia con los criterios de competencia territorial. Más allá del extraño caso en el que ninguna de las partes tenga su domicilio en un Estado contratante –supuesto en el que se abrirá la competencia de los tribunales del Estado donde radique la OAMI– es importante tener en cuenta la previsión de la posibilidad de las partes de someterse en todo caso a unos determinados tribunales, si bien no es práctica frecuente, y en donde opera la remisión global a las especificaciones de los artículos 17 y 18 CB. Como bien evidencia, la sumisión aporta un plus de seguridad jurídica, al evitar tiempo y litigios acerca de la competencia del tribunal ante el que se presenta la demanda; lo que no parece necesario es que sólo mediante pactos como esos sea posible evitar el problema de la dispersión de foros (léase litigios, léase mayores gastos) que surge cada vez que haya una pluralidad de demandados domiciliados en diverso Estados (p. 122), pues para eso disponemos ya del artículo 6.1 CB (competencia de los tribunales del Estado del domicilio de uno de los demandados), aplicable por la remisión operada desde el artículo 90.2 RMC (por cierto que resulta claro que no es esta una norma sobre legitimación pasiva, como se afirma en la p. 143, sino una norma sobre competencia judicial internacional). Seguramente mayor incidencia ha de tener el foro del lugar del daño (lugar de manifestación del evento dañoso y lugar donde se manifiestan sus perjuicios económicos), tradicional foro de ataque en

materia de responsabilidad extracontractual, y enriquecido tras las sucesivas sentencias del TJCE (no sólo Minas de potasa), que han sabido adaptar ese principio a las distintas formas en las de responsabilidad extracontractual. Lógicamente, por su propia naturaleza el foro de competencia lugar de producción de un daño tiene que limitar su alcance material a los litigios diferentes a la constatación de la inexistencia de una violación. De otro lado, si se manifiesta en una pluralidad de Estados este foro de competencia no satisface la exigencia de concentración de la competencia, siendo los de cada uno de ellos competentes para conocer de la porción de daño verificado en el territorio dentro del que extienden su jurisdicción; el Reglamento ofrece no obstante instrumentos idóneos de centralización de litigios, gracias a la potencia de acumulación del domicilio del demandado. Son muy jugosas las apreciaciones del autor acerca de la tipicidad-atipicidad de los daños, la anticipación de la existencia de violación que se produce en el ámbito de la propiedad industrial al momento en el que se añade un signo a unos productos, momento en el que realmente no se ha producido perjuicio económico alguno (pues éste se daría cuando sí se verifica la inmisión en el mercado de los productos distinguidos con esa marca) y la necesidad de atender a las calificaciones elaboradas de acuerdo con la legislación nacional en materia de indemnizaciones (pp. 134 ss.). Así pues, no hay lagunas en la delimitación de las competencias distribuidas en el espacio comunitario en esta materia. Era importante, clave del buen funcionamiento del Reglamento y con él del sistema de protección comunitario de los derechos individuales, precisar bien cómo funcionan éstas, en tanto en cuanto se ha diseñado un régimen en el que se excluye la posibilidad de que sobre la marca comunitaria conozca un tribunal extracomunitario, ni siquiera por acuerdo de las partes –lo que incide en la imposibilidad de reconocimiento y ejecución de sus decisiones por parte de un tribunal de un Estado parte–. No falta en fin en este capítulo una referencia a la disciplina de la eficacia extraterritorial de las decisiones, diferida a las reglas del CB.

El capítulo V estudia el ámbito de las competencias de los tribunales designados por las reglas del artículo 93, ponderando su exclusividad, analizando las consecuencias de cara a la eficacia de las decisiones dictadas por un tribunal diferente a alguno de los señalados y planteando las dificultades de sumisión a arbitraje y de transacción de las cuestiones relativas a la marca comunitaria cubiertas por el Reglamento.

Seguidamente se analiza la cuestión de la ley aplicable. Lógicamente, el artículo 97 RMC tenía que partir de la primacía de su propia normativa, mas existen aspectos no regulados por él (señaladamente las indemnizaciones) y para ello dicta la norma de conflicto que sujeta a la ley del tribunal de marcas comunitarias –comprendiendo su sistema de derecho internacional privado– esas mismas cuestiones no incluidas (lo que, como evidencia el autor, no debe ser confundido con el hoy casi superado reenvío). A partir de aquí se consideran los diversos elementos que confluyen sobre la marca como materia jurídica –la marca como objeto de contrato, de lesión y de propiedad–, para tratar de aislar un ordenamiento rector de cada uno de los aspectos que en ella confluyen. Hay que considerar detenidamente las reflexiones vertidas sobre la relativa superación de la orientación tradicional del sistema español sobre alegación y prueba del Derecho extranjero, en la medida en que nos encontramos con realidades que ya no son tales, y por ende la carga de su alegación y prueba.

La concurrencia de foros puede originar situaciones de *litispendencia* y de conexidad, como se apuntó. Los capítulos VII y VIII se destinan, respectivamente, a una y otra. El Reglamento ofrece en su artículo 105 una regulación que

se separa del régimen general del CB y que tiene en cuenta a los efectos de determinar la existencia de *litispendencia* tanto la identidad de las marcas como de los bienes o productos a las que se refieren; una vez asentadas las bases sobre las que actúa la *litispendencia* (y aquí es importante deslindar cuándo existe en función de la materia que constituya el objeto de los litigios, cosa que delinea con precisión el autor en las pp. 230 ss.) las consecuencias divergen del régimen general de Bruselas justamente en la concesión de un mayor poder discrecional al juez, que le permiten suspender el conocimiento de un juicio en lugar de inhibirse. Por lo que se refiere a la conexidad, y aunque el Reglamento está pensando sólo en la conexidad entre las acciones de violación y de validez de una marca, lo cierto es que el artículo 22 del Convenio de Bruselas tiene vocación subsidiaria y puede, consiguientemente, entrar en juego allí donde éste no llegue, con las consecuencias de suspensión del procedimiento que aquí se prevén. Hemos de destacar en cualquier caso el modo en que las implicaciones que desde el punto de vista de la tutela de los derechos de defensa han sido abordadas (p. 242), en línea con las orientaciones críticas acerca de la modificación de las claves usuales de competencia que cada vez más se extienden en el tratamiento de la misma.

El estudio se cierra en fin con un capítulo sobre otros litigios relativos a marcas comunitarias. El artículo 102 RMC prevé que las acciones no susceptibles de ser calificadas en ninguno de los conceptos más arriba referidos para las que los tribunales de marcas tienen competencia exclusiva, sean llevadas a los tribunales que tengan competencia para el conocimiento de las acciones relativas a una marca nacional del Estado de que se trate. El profesor Lobato elenca en un modo exhaustivo cuáles pueden ser estas acciones (pp. 257 ss.) y las reconduce a los criterios de competencia previstos en el Convenio de Bruselas, partiendo de la base de que las acciones de validez de su artículo 16.4 han quedado ya absorbidas por el propio Reglamento, lo que lleva a centrar el razonamiento en las normas de los artículos 5.1 (contratos en general y contrato de trabajo en particular), 5.3 (obligaciones extracontractuales) y, en otro nivel, 4, dando así cabida a los foros de competencia exorbitantes, antes de afirmar la posible competencia residual de los tribunales españoles en concepto de tribunales del Estado de la sede de la OAMI (y es importante la interpretación que se nos brinda de la norma: El empleo del verbo «podrán» da a este foro un carácter potestativo que favorece la idea de proximidad como base del reparto de competencias y amplía las opciones de atribución de ésta a tribunales extracomunitarios y con ello las posibilidades de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras).

Estamos pues ante una monografía donde las zonas de luz predominan sobre los elementos más o menos discutibles que, como en todo trabajo, tienen que comparecer. Hay que dar la bienvenida a esta aproximación al método de derecho internacional privado realizada desde la óptica y con el bagaje del mercantilista, rompiendo la aburrida, la absurda compartimentación del ordenamiento; desde esta perspectiva, hay que felicitar al autor por la idónea selección del tema, en la medida en que es tal vez aquí donde con mayor intensidad ambas disciplinas tienen que andar parejas.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*, tomo texto, Madrid, Trivium, 1997, 431. pp.

Acaba de publicarse el *Derecho de Familia* del profesor Lasarte. Con este tomo, el sexto de la serie, está a punto de culminar una gran obra, los *Principios de Derecho Civil*. Comenzó esta andadura en 1992 con la edición de la *Parte general y Derecho de la Persona*, tomo I. Su intención (según decía en el prólogo a la primera edición del tomo I) era escribir una manual dirigido a los estudiantes de Derecho, de dimensiones razonables y con un fin pedagógico y propedéutico. Ha ido cumpliendo este objetivo alumbrando un libro cada año. Los *Principios de Derecho Civil* se componen de seis tomos: 1. *Parte general y Derecho de la persona*, 2. *Derecho de obligaciones*, 3. *Contratos*, 4. *Propiedad y derecho reales. 1.ª parte*, 5. *Propiedad y derechos reales. 2.ª parte*, 6. *Derecho de familia*.

Esperamos que en breve finalice esta travesía con el tomo séptimo correspondiente al Derecho de sucesiones. Con él culminará esta magnífica labor.

El primer acierto de esta obra es su título: *Principios de Derecho Civil*, ya que refleja la esencia de la misma, su fin, sugiriendo la idea de inicio, de comienzo en las primeras nociones del Derecho Civil y abordando el estudio de las líneas generales y fundamentales de esta materia, los pilares básicos sobre los que ha de asentarse la formación del jurista.

Estos libros tienen un carácter introductorio y van dirigidos, fundamentalmente, a alumnos de Derecho que se enfrentan con una ardua tarea como es el de tomar contacto con una asignatura nueva. Dice el viejo refrán castellano que «todos los principios son difíciles». No cabe duda de que toda iniciación es dura, pero con estos libros en la mano esta labor resultará mucho más sencilla.

El lenguaje empleado es claro, vivo, directo, conecta con el lector, se acerca a él y le hace un guiño de complicidad de vez en cuando. No está exento de sentido del humor, lo que contrasta con otros tratados que adoptan una expresión muy solemne para comunicar los conocimientos como si la formalidad les fuere a infundir una mayor aureola científica. Esta, sin embargo, es una obra seria y rigurosa en su contenido. Refleja un conocimiento profundo del Derecho Civil. No en vano es el fruto de una larga carrera investigadora y docente. Ambos aspectos del autor se reflejan en estos libros: su sabiduría y su maestría para transmitirla. En la actualidad es Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid) y Vocal de la Comisión General de Codificación.

Al igual que en el resto de los volúmenes, comienza cada capítulo con una bibliografía muy completa y actualizada sobre el mismo, lo que supera con creces el «carácter básico e introductorio» que le atribuye su autor, sirviendo también como manual al investigador. Utiliza gráficos, como el del cómputo del parentesco, que resultan sumamente didácticos.

Estudia el libro en primer lugar el Derecho de familia (Parte primera), a continuación el matrimonio, las crisis matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales (Partes segunda, tercera y cuarta). Dedicó la parte quinta al parentesco y la filiación. La sexta y última contempla las instituciones tutelares.

El primer capítulo del volumen está dedicado al Derecho de familia como conjunto de reglas de mediación y organización familiar de carácter estructural. Comenta el profesor Lasarte que son las normas que regulan este Derecho las que han sufrido unas modificaciones más profundas dentro del Derecho Civil, pues la familia contemporánea no se ajusta a los patrones decimonónicos vigentes al publicarse el Código Civil. De una familia basada en la autoridad del padre

se ha pasado a otra regida por el principio de igualdad entre el marido y mujer, recogido en la propia Constitución y que impregna todo el Derecho de familia. Ya la reforma de 24 de abril de 1958 inició el camino hacia la igualdad entre los cónyuges. Según su Exposición de Motivos, tenía como objetivo «liberar a la mujer de ciertas limitaciones en su capacidad» porque «el sexo por sí no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato civil», pero, sin embargo, sigue reconociendo el principio de la autoridad marital ya que entiende el legislador que «existe una potestad de dirección que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido». Como se pone de manifiesto en este primer capítulo, han sido las modificaciones del Código posteriores a la Constitución las que han consagrado esta igualdad de los cónyuges.

Resalta el libro otro principio constitucional en materia de familia: la igualdad de los hijos ante la ley. Todos los hijos tienen los mismos derechos, con independencia de su filiación. Otra novedad introducida por la Constitución ha sido el hecho de autorizar la investigación de la paternidad para poder determinar la filiación, esto ha supuesto una revolución copernicana en esta materia. El capítulo 19, La determinación de la filiación, es innovador, presenta las reflexiones del autor con un punto de vista muy personal.

Señala el autor, al estudiar el matrimonio que el artículo 32 de la Constitución remitía a la ley la regulación de la separación y disolución del matrimonio. Este hecho unido a la declaración de aconfesionalidad del artículo 16 de la misma, hacía necesaria una revisión en profundidad del Código. Ésta fue acometida en 1981 por la leyes 11 y 13, de 30 de mayo y 7 de julio, respectivamente.

Se abordan en el libro temas de gran actualidad como es el de la reproducción asistida. La reproducción humana se ha visto profundamente modificada por los avances científicos de los últimos años. La regulación del Código se sustentaba en la maternidad y paternidad biológica basada en la unión carnal. La inseminación artificial y la fecundación *in vitro* han modificado los parámetros, abriendo un abanico de posibilidades absolutamente nuevo. Así la maternidad puede ser genética, de gestación o biológica plena (genética más gestación). La paternidad sólo puede ser genética. Pero, además, como señala la Ley 35/88 de Reproducción Asistida Humana, Exposición de Motivos, «pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo». También resulta novedosa la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

Como se ha puesto de manifiesto, la materia que regula el Derecho de familia ha sufrido profundas transformaciones no sólo desde el punto de vista legal sino también sociológico. Tal vez sea éste el motivo de que el tomo sexto sea el más original de los hasta ahora publicados. Su preparación entraña, sin duda, mayor dificultad que la de los anteriores volúmenes, precisamente por la novedad de los temas en él tratados que carecen de una doctrina consolidada y perfilada por sucesivas generaciones de juristas.

Utiliza un vocabulario muy rico, cuida mucho el lenguaje y, en especial la terminología teniendo presente las raíces históricas. Buen ejemplo de esto lo encontramos en el estudio que hace de los esponsales o promesa de matrimonio dedicando un apartado específico a la terminología y concepto. En él realiza una disertación sobre estas expresiones, analiza su significado técnico y concluye mostrando sus preferencias.

Transmite este texto claridad de ideas y pasión por la materia. El autor toma partido, se implica en cada párrafo y utiliza adjetivos con gran profusión para matizar mejor su parecer. Expone su punto de vista sin ambages. El lector sabe

en todo momento cuál es la opinión del autor lo que hace que le resulte más cercano y que el libro resulte ameno para el que se inicia.

Desde estas líneas quiero felicitar al profesor Lasarte por su *Derecho de familia* y animarle a que termine pronto sus *Principios*, a falta sólo del tomo correspondiente al Derecho de sucesiones, para que todos los que utilizamos sus textos podamos contar lo antes posible con la colección íntegra.

Con la publicación completa de esta obra es de esperar que, en las nuevas generaciones, no haya juristas sin *Principios*. El profesor Lasarte al menos ha sentado las bases para conseguir este objetivo.

Teresa SAN SEGUNDO MANUEL

PARDOEL, Dorothée: *Les conflicts de lois en matière de cession de créance*, L.G.D.J., París, 1997.

El estudio de los conflictos de leyes en materia de cesión de créditos no se justifica solamente, como evidencia el Prof. Lagarde en el Prólogo, por la seducción que ejercen sobre los espíritus más valientes las operaciones en las que intervienen tres personas. La técnica del *factoring* importada en Francia (*affacturage*), así como la Ley de 2 de enero de 1981 sustituyendo la cesión de créditos profesionales, han puesto de manifiesto la vitalidad de la cesión de créditos en derecho interno, que necesitaba poder contar con instrumentos adecuados que permitiesen la movilización de los créditos, pero que estuviesen desprovistos del formalismo del artículo 1690 del *Code civil*. Este importante desarrollo de las cesiones de créditos en derecho interno, junto con la entrada en vigor del Convenio de Roma que contiene una regla de conflicto propia para la cesión de créditos, y la adopción en 1988 del Convenio de Ottawa sobre *factoring* internacional, evidencian la necesidad de abordar el estudio de estas instituciones en el plano internacional.

El presente libro es el resultado de una tesis doctoral, defendida bajo el mismo título, que se encuentra dividido en dos partes bien diferenciadas. La primera parte estudia, en dos capítulos distintos, la ley aplicable al contrato de cesión y la oponibilidad de la cesión.

Por lo que se refiere al primero de los temas, el capítulo comienza señalando cómo las partes de un contrato de cesión (cedente y cesionario) son libres para elegir la ley aplicable a dicho contrato, pero que dicha elección sólo podrá tener lugar cuando se trate de un contrato internacional, es decir, cuando existan uno o varios elementos de extranjería en la relación jurídica de base (sociedad francesa que cede su crédito sobre un deudor francés a un banco alemán; cesión de créditos concluida en Constantinopla entre dos súbditos belgas, siendo francés el deudor cedido).

En el supuesto de que las partes no efectúen elección sobre la ley que va a gobernar el contrato de cesión, el artículo 12 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 ofrece la solución, pues establece que «las obligaciones entre el cedente y el cesionario de un crédito se regirán por la ley que, en virtud del presente Convenio, se aplique al contrato que les ligue». Sin embargo, la autora considera que el sometimiento a la ley del crédito cedido no es del todo satisfactoria, ejemplificando situaciones que quedan irresueltas con la aplicación de este criterio. En consecuencia, propone adoptar otro criterio que es el de la prestación característica en el contrato de cesión, en virtud del cual las partes se someterán a la ley del domicilio del deudor de la prestación característica, criterio que goza

sobre todo del mérito de su flexibilidad, puesto que, en su opinión, la determinación de la prestación característica puede variar según el contexto en el que se inserte el contrato de cesión. Normalmente, el deudor de dicha prestación será el cedente que transmite su crédito al cesionario. Sin embargo, evidencia cómo existen situaciones en las cuales la prestación del cesionario es la que merece este calificativo, especialmente cuando éste es un banquero; en cesiones a título de garantía; o en cesiones que se realizan en el marco de una operación de crédito.

No obstante la mayor flexibilidad de este criterio, la autora señala que hay dos casos en los que debe excluirse la sumisión al domicilio del deudor de la prestación característica: cuando se trata de cesiones para realizar una donación entre cónyuges y cuando se trate de una cesión a título de dación en pago. En estos casos podría ser de aplicación la cláusula de excepción prevista en el artículo 4 párrafo 5.º del Convenio de Roma.

Una vez finalizado el estudio de la determinación de la ley aplicable al contrato de cesión, la investigación sobre la determinación de la ley aplicable a la oponibilidad de la cesión, conduce a la autora a adoptar una firme posición sobre dos cuestiones controvertidas en derecho civil: la oponibilidad de la cesión y las nociones de eficacia relativa del contrato y de publicidad. Es así como demuestra, oponiéndose a algunos autores, que el efecto de la cesión sobre el deudor cedido es un efecto de oponibilidad y no una excepción a la eficacia relativa del contrato, y que la notificación de la cesión al deudor cedido es una medida de publicidad que condiciona, precisamente, la oponibilidad de la cesión, tanto al deudor como a los terceros.

Este trabajo preparatorio permite a la autora, ya en el terreno de los conflictos de leyes, considerar que la oponibilidad de las transferencias de crédito representan una categoría de relación autónoma que se distingue tanto de las reglas de forma como de las reglas de fondo, y que no se rige ni por la *lex contractus*, ni por la *lex loci actus*, ni por la *lex rei sitae*. En derecho positivo la dificultad deriva de lo que el Convenio de Roma ha llamado la «ley del crédito cedido» para la oponibilidad de la cesión al deudor cedido, pero no se pronuncia sobre la ley aplicable a la oponibilidad a los terceros.

Abandonando la solución ofrecida por el citado Convenio, así como la sostenida por la jurisprudencia, que somete la oponibilidad de la cesión de créditos a la ley del domicilio del deudor cedido, por no considerarlas adecuadas en los casos en los que los deudores de los créditos cedidos están domiciliados en Estados distintos o si los créditos cedidos están sometidos a leyes diferentes, se inclina por someter la oponibilidad de la cesión frente a los terceros a la ley del domicilio del cedente, solución que le parece la más adecuada a fin de satisfacer los intereses tanto del deudor cedido, como de los terceros y del cesionario. Esta solución, si bien puede ser criticable en el caso de cesiones sucesivas, tiene la ventaja de permitir la realización unitaria de cesiones agrupadas de créditos, sometiendo la oponibilidad a una sola y única ley. Ahora bien, si su opinión no es aceptada, prefiere decantarse por la sumisión de la oponibilidad de la cesión a la ley del crédito cedido y no a la ley del domicilio del deudor, aunque de una manera unitaria, es decir, sin que haya lugar a distinguir entre la oponibilidad a los terceros y la oponibilidad al deudor cedido.

Una vez desgajadas las diferentes leyes aplicables a la cesión de créditos y a su oponibilidad, queda por hacerlas funcionar juntas, y es a esto a lo que se dedica la autora en la segunda parte de su obra, intitulada simplemente, «el campo de las reglas de conflicto de leyes».

En el primer capítulo, la autora comienza considerando las relaciones entre el cedente y el cesionario, y demuestra que las reglas del Convenio de Roma no plantean ninguna dificultad a la hora de ponerlas en aplicación, aunque se trata de una facilidad relativa, puesto que además de la ley del contrato de cesión, entrarán en juego la ley personal de las partes para la capacidad, la ley del lugar de la cesión para la forma de ésta y, en ocasiones, la ley del crédito cedido para la transferencia propiamente dicha del crédito.

Ampliando la relación al deudor cedido, se parte de que la oponibilidad a éste de la cesión depende de la ley del crédito cedido. Pertenece, pues, a dicha ley decidir si es o no necesario notificar la cesión al deudor cedido, si dicha notificación debe ser efectuada por una autoridad pública o si bastará con una simple carta. Así, la cesión de un crédito sometida a la ley francesa será oponible al deudor cedido cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 1690 del *Code civil*, es decir, después de la notificación de la transferencia al deudor cedido o su aceptación de la cesión por acto auténtico. Pero la cesión le será también oponible si ha aceptado tácitamente la cesión. Incluso pertenece a la ley francesa decidir si hay fraude del deudor cedido que ha pagado al cedente teniendo conocimiento de la cesión.

El problema que se plantea y que pone de relieve la autora es que las modalidades de intervención de la autoridad pública encargada de notificar la cesión al deudor cedido se rigen por la ley de esta autoridad, de tal forma que surgirán dificultades cuando la ley aplicable a la oponibilidad prevea la intervención de una autoridad pública en un lugar determinado (notificación al domicilio del deudor cedido), mientras que la ley del lugar donde esta autoridad pública debería intervenir no conoce este tipo de intervención. Sólo una concepción extensiva de la equivalencia entre las dos leyes puede permitir superar estas dificultades.

Una segunda dificultad es la de someter a dos leyes diferentes la forma de la cesión y su oponibilidad, discordancia que puede dar lugar a situaciones de acumulación de leyes o de lagunas, pues puede que una de las dos leyes imponga una formalidad *ad validitatem* y que la otra no plantee condición de forma pero imponga una medida de publicidad para volver la cesión oponible al deudor cedido y a los terceros. La cuestión que se plantea es la de cómo admitir, por ejemplo, que la cesión sea nula en virtud de la ley de la forma, pero oponible a los terceros en virtud de la ley que rige la oponibilidad. La solución debería buscarse en una adaptación de estas dos leyes, pero si ello es imposible, la autora propone someterlo a la ley de la cesión del crédito.

La última consideración que se realiza en las relaciones cedente, cesionario, deudor cedido, es la relativa al retracto litigioso. Según el artículo 12 párrafo 2.º del Convenio de Roma, las relaciones entre el cesionario y el deudor cedido se rigen por la ley del crédito cedido, de tal forma que sólo esta ley será la que tenga competencia para decidir si el deudor cedido puede o no ejercer el retracto.

Pero las complicaciones más importantes se presentan cuando la cesión de créditos se opone a los terceros. Éstos, para invocar la inoponibilidad de la cesión, se prevalecen generalmente de un derecho sobre el crédito cedido. Y este derecho está sometido, en el terreno de los conflictos de leyes, a su propia ley. Se plantea entonces la cuestión de determinar el campo respectivo de cada una de estas dos leyes: ley aplicable a la oponibilidad de la cesión de créditos y ley aplicable a la oponibilidad del derecho invocado por los terceros.

Entre los diferentes conflictos susceptibles de producirse tienen especial importancia los casos de quiebra del cedente. La doctrina considera que en este caso, la oponibilidad de la cesión depende de la ley aplicable a la quiebra. Sin embargo, la autora muestra sus reservas a la hora de adherirse a esta postura,

pues ve en esta solución una fuente de inseguridad jurídica, sobre todo cuando la cesión es oponible a los terceros antes de la quiebra.

Los casos en los cuales el cesionario entra en conflicto con un tercero no son menos difíciles de resolver que los casos de quiebra. Los terceros (otro cesionario, otro titular del crédito, el beneficiario de una cláusula de reserva de propiedad que invoca la subrogación real en el precio de reventa de las mercaderías, ...) van a oponer un derecho al cesionario que depende de su ley propia, en ocasiones diferente de la ley normalmente aplicable a la oponibilidad de la cesión de créditos. El problema que surge es el de si se puede elegir entre la ley aplicable a la oponibilidad de la cesión de créditos o la que rige el otro derecho. ¿Debe recurrirse a una aplicación cumulativa de las leyes aplicables a cada uno de los derechos en concurso? La autora analiza los diversos supuestos que pueden darse de forma exhaustiva, proponiendo soluciones practicables y lo más simples posible. Pone de manifiesto que el recurso sistemático a la aplicación cumulativa de las leyes aplicables a los diversos derechos en conflicto es una buena solución, pero falsa, porque implica una inseguridad jurídica sobre todo para el deudor cedido que no puede prever cuál será la solución aplicable. Propone como solución distinguir entre la afirmación del principio *prior tempore potior iure* y las condiciones de oponibilidad de un determinado derecho, de tal forma que la afirmación de dicho principio dependerá de la aplicación cumulativa de dos leyes, mientras que las condiciones de oponibilidad de un derecho no dependerán más que de la ley aplicable a ese derecho.

El último capítulo de la obra, intitulado «la calificación de la operación de cesión» examina cuáles son las operaciones análogas a la cesión de créditos que van a poder ser sometidas al artículo 12 del Convenio de Roma, tal y como éste es interpretado a lo largo de todo el trabajo. Las dificultades se presentan en relación con la subrogación convencional y con la cesión del contrato.

Por lo que respecta a la subrogación convencional, la dificultad estriba en que la misma se rige por el artículo 13 del Convenio. Al término de un razonamiento convincente, la autora propone someter la subrogación convencional al artículo 12 y no al 13, que considera inadaptado a esta figura y que debe quedar circunscrito a la subrogación legal. Entiende que de esta forma se suprime todo riesgo de conflicto de calificaciones en lo que concierne a la distinción entre la subrogación convencional y la cesión de créditos. Así, dependerá de la ley designada por el artículo 12 el distinguir eventualmente una figura de la otra.

Por cuanto hace a la cesión del contrato, el Convenio de Roma no se ocupa de ella en una norma explícitamente, pero entra dentro de su campo de aplicación. La cuestión que se plantea es si deben aplicarse las disposiciones generales del Convenio o si debe extenderse por analogía lo dispuesto en el artículo 12 a otros modos de transferencias de créditos. La respuesta vendrá dada según la concepción dualista o unitaria que se tenga de la cesión del contrato.

La concepción dualista conduce a dividir la cesión en una cesión de crédito y en una cesión de deuda, lo que conlleva a aplicar a la operación tanto las reglas de conflicto de leyes relativas a la cesión de créditos como las que rigen la cesión de deudas. En este caso el artículo 12 sería de aplicación, pero sólo parcialmente, pues no se adapta para regir la cesión de deuda contenida también en esta operación. Desde este punto de vista es claro que presenta lagunas.

Si se adopta la concepción unitaria, ésta conduce a rechazar la aplicación del artículo 12 puesto que si se considera que la cesión del contrato es una institución autónoma, diferente a la de la cesión del crédito, el citado artículo, no contemplando más que la cesión de créditos, es inaplicable, sin que se encuentren argu-

mentos que permitan fundar la extensión del dominio del artículo 12 a la cesión del contrato. Sin embargo, permite, mediante un razonamiento analógico, llenar las lagunas del Convenio en esta materia.

Nos encontramos ante un libro que no es un pequeño tratado de la cesión de créditos en derecho internacional privado, ni un comentario al artículo 12 del Convenio de Roma. La autora sabe hacer descubrir al lector las zonas oscuras que sobre el tema subsisten en derecho positivo, proponiendo soluciones nuevas que se caracterizan por su facilidad a la hora de ponerlas en práctica, llegando con sólidos argumentos a conclusiones que demuestran su dominio del derecho interno y del derecho internacional de obligaciones.

Lourdes BLANCO PÉREZ-RUBIO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

QUICIOS MOLINA, M.^a Susana: *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, J.M. Bosch editor, S.L., Barcelona, 1997, 374 pp.

La doctora M.^a Susana Quicios Molina es profesora de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid, y en la presente monografía se recoge la memoria que la autora elaboró para la obtención del título de Doctor, en la que trata los problemas fundamentales que se plantean en los artículos 120.I. y 121 a 126 CC, dedicados al reconocimiento como título de determinación legal de la filiación no matrimonial.

La autora dedica el capítulo I a la naturaleza y caracteres del reconocimiento, partiendo de la función que éste cumple dentro de la regulación general de la filiación en el CC (materia que afecta al estado civil de la persona, definidor de la situación jurídica del individuo en la sociedad), abriéndose paso por el intrincado entramado que tanto el Código como la doctrina manejan a la hora de analizar la institución de la filiación en general, y situando al lector en la categoría correcta, en este caso la de la filiación no matrimonial. Se aclara que el concepto de reconocimiento no tiene una significación unívoca en nuestro ordenamiento jurídico, y que puede ser él mismo título de determinación legal de la filiación (y a ello se dedica de manera fundamental la obra) o bien sólo una circunstancia en la que se basa otro título de determinación legal, lo que incide en la cuestión de la naturaleza jurídica del reconocimiento, uno de los temas más discutidos por la doctrina, y en el que todavía subsiste el desacuerdo.

La autora realiza un exhaustivo recorrido por las opiniones doctrinales más autorizadas para dar una caracterización del reconocimiento a continuación, el cual aparece como un acto formal, unilateral, personalismo, puro e irrevocable. Se glosan a continuación cada uno de estos conceptos, deteniéndose en las características tradicionales de los mismos en nuestra doctrina. Se cierra el capítulo con una referencia a la prohibición del CC de identificar al otro progenitor en el reconocimiento, contenida en el artículo 122 CC que la autora explica no como un intento de proteger la intimidad del otro progenitor, sino como una consecuencia de la naturaleza personalísima e individual del reconocimiento, aludiendo a la postura de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre la cuestión.

El capítulo II se consagra a la forma del reconocimiento, cuestión de vital importancia por la naturaleza y el carácter formal del mismo, partiendo para ello del artículo 120.I CC, que impone que el reconocimiento se haga ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. Se señala que en este artículo existen dos modalidades tan solo de reconocimiento: la declaración ante el Encargado y el documento público, ya que la autora considera el reconocimiento testamentario como una categoría de reconocimiento en documento público con la especialidad de que éste es eficaz sin necesidad de ningún requisito complementario a la muerte del testador, de acuerdo con el tenor del artículo 188 RRC. Se analizan con detenimiento ambas modalidades, de las cuales es el reconocimiento en documento público, testamentario o no, el que tiene un mayor interés.

A partir del tenor del artículo 186 RRC se estudian los problemas del reconocimiento en un documento público no testamentario, en concreto en escritura pública, acta civil de celebración del matrimonio de los padres, expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, capitulaciones matrimoniales o acto de conciliación, considerando esta lista como *numerus apertus*, y debatiendo la tradicional cuestión de si la escritura pública que contenga el reconocimiento debe tener por objeto exclusivamente el mismo o bien puede incluir, además, otros actos.

Se trata a continuación el reconocimiento testamentario, tocando la cuestión de las clases de testamento en las que se puede reconocer, y deteniéndose en su eficacia. Como ya adelantó la STS de 22 de diciembre de 1964, y como ahora advierte el reformado artículo 741 CC, se admite expresamente la posibilidad de testamentos cuyo único contenido sea un reconocimiento. La autora sistematiza los supuestos en función de cuatro categorías fundamentales.

En primer lugar se aborda el reconocimiento en testamento que contiene además otras disposiciones, caso en el que la autora de decanta por el efecto inmediato del reconocimiento, sin esperar a la muerte del testador, y se continúa con el reconocimiento testamentario como único contenido del mismo, practicado sin intención de testar, que la autora considera como un caso de simulación relativa. El reconocimiento testamentario como único contenido del testamento, practicado con intención de testar, tiene eficacia *post mortem* según la ley, y este hecho es criticado por la autora por ser opuesto al artículo 39.3 CE y al principio de igualdad, ofreciendo soluciones alternativas como acudir a la vía judicial para que se declare la filiación, o considerar el testamento abierto como una escritura pública, además de su naturaleza testamentaria, abriendo así la posibilidad de su eficacia *inter vivos*. Se examina, por último, la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, que va en esta misma línea de no diferenciar entre el régimen jurídico del reconocimiento según conste en documento público o en testamento.

En el capítulo III se abordan los problemas relativos al sujeto reconocedor, estudiándose las ocasiones en que personas plenamente capaces no pueden reconocer a sus hijos con el objeto de que su filiación quede determinada. Se presentan como supuestos problemáticos el reconocimiento de hijo no matrimonial por mujer casada, con y sin constancia previa de la filiación paterna, pasando después al estudio sistemático de la capacidad para reconocer, analizando quiénes son los incapaces mencionados en el artículo 121 CC, quiénes son los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad, y el régimen jurídico establecido para el reconocimiento de las personas anteriores.

Respecto de los incapaces se plantea la cuestión de si todos los incapacitados por deficiencias físicas o psíquicas necesitan la aprobación judicial, y si los declarados pródigos están incluidos en el grupo de los incapaces. A la primera pregunta la respuesta es que sólo aquellos a quienes se les incapacite expresamente en la sentencia para reconocer estarán impedidos para realizar este acto con eficacia jurídica, mientras que en el caso del pródigo ahí la autora se muestra favorable a su capacidad para reconocer.

En relación con quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad, la autora no considera pertinente una interpretación literal del artículo 121 CC, y opta por adecuar las reglas generales de la capacidad para contraer matrimonio a las características del reconocimiento, considerando el juego del artículo 121 CC limitado en este caso a los menores no emancipados, al mismo tiempo que discrepa de la posibilidad de que se pueda fijar una edad mínima para reconocer, fuera de las limitaciones meramente biológicas (capacidad para procrear). Finaliza el capítulo con una referencia a la validez de los reconocimientos otorgados por los incapaces, con una especial referencia a la aprobabilidad judicial, su función, criterios para otorgarla y referencia al procedimiento y a la preceptiva audiencia del Ministerio Fiscal. Hace notar la autora que en caso de reconocimiento testamentario será necesaria tanto la capacidad para reconocer como la capacidad para testar.

Como es sabido, el reconocimiento, como título de determinación legal de la filiación necesita, para alcanzar eficacia, el consentimiento o la aprobación de otras personas, dependiendo del sujeto reconocido. El caso del reconocido mayor de edad se trata en el capítulo IV, al hilo del examen del artículo 123 CC. La profesora Quicios encuentra el fundamento de la exigencia del consentimiento del hijo mayor de edad en el respeto a la voluntad del otro sujeto de la relación paterno o materno-filial, sin que ello suponga un menoscabo del principio de verdad biológica. Al referirse a los sujetos señalados en el artículo 123 CC, se advierte que existe un régimen alternativo respecto de lo regulado por el artículo 124 CC, dependiendo de la capacidad del reconocido, para después glosar los supuestos enumerados en el artículo 123 CC a partir del reconocimiento del hijo mayor de edad.

Me parece de especial relevancia el caso del reconocido menor emancipado, ya que a éste se le aplica, en opinión de la autora, el régimen del artículo 123 CC, no el del artículo 124, ya que el emancipado pueda regir su persona y bienes como si fuera mayor, sin que el consentimiento del reconocimiento figure entre los casos para los que necesita la asistencia de sus padres o del curador. Se aclara además que el reconocido incapacitado sometido a curatela y declarado pródigo no entran dentro del ámbito del artículo 124 CC, ya pueden prestar por sí mismos el consentimiento, pues el curador no es representante legal del incapacitado. Se estudia a continuación el régimen jurídico de estos reconocimientos, y en especial su eficacia e inscripción, recordando que tanto el artículo 123 CC como el 124 CC proyectan sus efectos en el ámbito de la eficacia y no en el de la validez, que como acto jurídico unilateral, depende exclusivamente de su autor. Se tratan los casos de mayoría de edad y/o capacidad suficiente del hijo posterior a su reconocimiento, y de incapacitación del hijo mayor de edad reconocido.

Con más detalle se estudian los problemas del consentimiento, aclarando que si se admite el consentimiento tácito no hay ninguna razón para exigir que el consentimiento además de expreso sea formal, admitiéndose por tanto el consentimiento meramente verbal. Con referencias a la irrevocabilidad y ausencia de vicios del consentimiento, y al plazo para emitirlo y la posición del reconocedor si el hijo no lo presta, se cierra este capítulo.

Se dedica el capítulo V al régimen general del reconocido menor de edad o incapaz, tratado en el artículo 124 CC. Para los hijos que se reconocen cuando son menores de edad o incapaces la autora distingue entre un régimen general, contenido en el primer párrafo de dicho artículo, y aplicable a cualquiera de estos reconocimientos, y un régimen especial, previsto en el segundo párrafo para casos de reconocimiento efectuados en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento, que se trata en el capítulo VI.

El régimen general al que están sometidos estos reconocimientos requiere alternativamente el consentimiento del representante legal o aprobación judicial. Se alude a la polémica doctrinal sobre si el reconecedor es libre para elegir una u otra, pregunta a la que la autora responde afirmativamente, y si una vez elegida una de ellas se puede acudir a la otra en el caso de no obtenerse la correspondiente autorización de reconocimiento, como opina la profesora Quicios. Se examina exhaustivamente el régimen del consentimiento del representante legal, destacando, a mi juicio, el apartado dedicado los casos de posesión de estado, y el estudio de las ocasiones en las que el representante legal es, a su vez, un menor no emancipado, supuesto que es resuelto acudiendo a la relación entre los artículos 162 y 157 CC. En cuanto a los supuestos de aprobación judicial, en cuya sede se estudian con gran detenimiento los criterios que el juez ha de tener en cuenta para concederla. La verdad biológica y el interés del hijo, que en ocasiones pueden arrojar resultados contradictorios, son objeto de unas consideraciones a partir de las cuales podrán extraerse consecuencias útiles tanto desde el punto de vista de la doctrina como de la práctica forense, ya que se trata de una cuestión de vital importancia. Pone fin al capítulo un recorrido por las cuestiones procesales más relevantes en este tipo de expedientes de jurisdicción voluntaria, teniendo en cuenta en todo momento la doctrina de la DGRN más actual en la materia y deteniéndose en la cuestión tan debatida de las audiencias exigidas, y las causas por las que el Código exige la audiencia del progenitor legalmente reconocido y no la del representante legal. Se recogen a este respecto las modificaciones que la reciente LOPJM ha introducido, recordando que en su artículo 9 se reconoce con carácter general el derecho de los menores a ser oídos en cualquier actuación que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, por lo que la falta de audiencia del hijo debe de ser excepcional.

El capítulo VI se dedica al segundo párrafo del artículo 124 CC, donde se estudia el régimen especial del reconocimiento en testamento y del reconocimiento dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento. La autora advierte que no se tratan de unos regímenes excepcionales contrarios al principio general de aceptación del reconocimiento para que la filiación pueda quedar determinada por ese medio. La especialidad viene dada, a su juicio, por la eficacia automática de estos reconocimientos, que no necesitan previamente ni de la aprobación judicial ni del consentimiento del representante legal, aunque se exigen requisitos complementarios para que el reconocimiento conserve su eficacia inicial.

Respecto del reconocimiento dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, se parte de la asunción de que es beneficioso para el hijo, y de ahí derivan las especialidades de su régimen jurídico. Para la profesora Quicios Molina el reconocimiento contemplado en el artículo 124 CC puede adoptar cualquiera de las formas previstas en el artículo 120 1.º Desde su punto de vista la Ley otorga a estos reconocimientos una eficacia automática pero provisional, ya que la madre del reconocido puede suspenderla, si ella es representante legal del hijo. Se resalta además que no cabe la suspensión si el reconocimiento ha sido consentido o apro-

bado y se aborda la confirmación de la inscripción suspendida, recalcando la insuficiencia de la regulación al respecto. Las aportaciones más valiosas en este campo las ofrece la autora al referirse a los casos de un segundo reconocimiento cuando está suspendida la eficacia de un reconocimiento previo, y al aportar soluciones para evitar que la suspensión pueda llegar a ser indefinida.

Al tratar el reconocimiento testamentario, se debate las especialidades de éste cuando el hijo reconocido es menor o incapacitado, y se estudia ampliamente la cuestión de la eficacia *inter vivos* o *post mortem* del reconocimiento, al hilo del artículo 188 RRC, defendiendo en este caso la autora su postura de que el reconocimiento testamentario puede ser eficaz antes y después de la muerte del testador, pero que la regla del artículo 124.2 sólo cabe aplicarla una vez fallecido el testador, señalándose acertadamente la falta de adecuación del artículo 124.2 al reconocimiento testamentario.

Se cierra la trilogía de capítulos sobre el reconocimiento de menores o incapaces con el capítulo VII, que trata del régimen aplicable cuando los progenitores son hermanos o consanguíneos en línea recta, que cuenta con una regulación especial aun después de la reforma del año 81, como ocurre en derecho francés, italiano y portugués. Las particularidades contenidas en el artículo 125 CC se justifican, a juicio de la autora por el interés en la protección del hijo, y no en el de la familia como sostienen otros autores. Son relevantes las reflexiones al hilo del ámbito subjetivo del artículo 125 CC que la autora considera restringido a los casos de filiación natural, no adoptiva, y de sangre, no de afinidad. Se recalca que se exige la autorización judicial sólo para la determinación de la filiación que es fijada con posterioridad, y ésta se trata a continuación, recalcando que el interés del hijo, recogido expresamente en el texto, es el criterio rector también en este caso. Se cierra este capítulo, más breve que los anteriores, con una referencia a la invalidación de la determinación de la filiación por el hijo al alcanzar la plena capacidad.

La obra se cierra con el capítulo VIII, que versa sobre el reconocimiento de una persona ya fallecida, cuya regulación se encuentra en el artículo 126 CC, el cual, congruente con la filosofía que inspira el régimen jurídico del reconocimiento, prevé el consentimiento de determinadas personas para su eficacia. Cuando se tratan los supuestos de hecho a los que cabe aplicar el artículo 126 CC la autora sostiene que es irrelevante el tiempo en el que se otorga el reconocimiento, anterior o posterior al fallecimiento. El caso de falta de descendientes ha sido una situación que tradicionalmente ha suscitado desconfianza en el legislador, negándose a su admisión por considerarlo interesado y egoísta. Frente a las posturas que afirman aun hoy las dificultades para admitir este tipo de reconocimientos, la obra los considera contemplados en el artículo 126 CC y por tanto susceptibles de igual trato que en el caso de que el fallecido tuviera descendientes, con argumentos basados en la verdad biológica. En la cuestión de la eficacia del reconocimiento en testamento del hijo premuerto, la autora es partidaria de la tesis de su eficacia tanto *inter vivos* como *post mortem*, por las razones ya expresadas. Si el hijo fallece dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, de acuerdo con la RDGRN de 6 de octubre 1989, se apunta que no es posible aplicar al caso el artículo 126 CC, aplicando en su lugar el segundo párrafo del artículo 124 CC si dentro del plazo coinciden simultáneamente las declaraciones de nacimiento y defunción. Cierra el capítulo y la obra un estudio del régimen de eficacia de los reconocimientos de hijos ya fallecidos, y en concreto de los problemas que plantea el requisito del consentimiento de los descendientes del fallecido para que el reconocimiento surta efecto. Éste es necesario para la

eficacia del reconocimiento como título de determinación legal de la filiación, no de su validez, como ha venido sosteniendo parte de la doctrina. La profesora Quicios restringe el concepto de descendientes a los hijos y en defecto de éstos, a los nietos, aduciendo para ello razones prácticas y de lógica jurídica, y defiende que son todos ellos los que tienen que otorgar su consentimiento, por ellos mismos o por medio de sus representantes legales.

Éste es, en apretada síntesis, el contenido de un libro con un enorme contenido de argumentos y tomas de postura respecto de todas las cuestiones fundamentales que afectan al tema tratado. A modo de conclusión cabría decir que la profesora Susana Quicios Molina ha construido una obra sobria, que busca por encima de todo la eficacia y el rigor en sus argumentaciones jurídicas, con una constante preocupación por combinar todos los intereses en juego de una manera más justa posible. Su detallado estudio de la doctrina existente, y la sistemática con que la autora plantea los problemas que surgen en los casos de determinación de la filiación legal no matrimonial por reconocimiento son a mi juicio dos de los elementos más valiosos de la obra. Las constantes críticas y contraargumentaciones, sin obviar ningún asunto por complejo o novedoso que éste sea, y la calidad científica de la obra hacen que se pueda convertir en mi opinión en un punto de referencia indispensable para la doctrina en este ámbito. Por ello felicito a la profesora Quicios y le doy la más cordial enhorabuena.

Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: *El error en el matrimonio*, prólogo de F. Galgano, publicaciones del Real Colegio de España, vol. LXVI, Bolonia, 1997, 448 pp.

1. Varias circunstancias concurrentes, poco comunes, me impulsan a recomendar esta obra, que aparece pulcramente editada en la prestigiosa colección de los *Studia Albornotiana*, que publica el Colegio Español de Bolonia. Ser su autor, aspirante con ella a Doctor por la Universidad de Valencia, y con anterioridad, serlo ya por la de Bolonia (lo que dio origen a algún divertido lance en su lectura en cuanto al modo de dirigirse al doctorando los miembros del Tribunal); haber recogido, en el corto espacio transcurrido entre la defensa pública y su publicación, con puntualidad escrupulosa, buena parte de las observaciones que le hice en aquélla, exteriorizando no comunes dosis de humildad científica que conlleva amplia disponibilidad para *escuchar* –y no meramente *oír*– las indicaciones o sugerencias que el Tribunal hace en tal acto (a veces, la defensa de Tesis se ha convertido, entre nosotros, en *diálogo de sordos*, frustrándose así la razón de ser del acto público); por último –*last but no least*– la íntima satisfacción de haber participado en el Tribunal que juzgó y calificó *cum laude*, la que, probablemente, constituye la mejor Tesis sobre el *Ius matrimonii* defendida, desde su reforma en 1981, en la Universidad española. Cuando es fácil constatar que el interés dogmático sobre el matrimonio civil está visiblemente decayendo entre nosotros (dejando aparte los, a veces, acuciantes problemas prácticos de las crisis matrimoniales), he aquí un tratamiento, original, profundo y exhaustivo, de uno de los vicios matrimoniales que más habitualmente se alegan ante los Tribunales civiles.

2. El aparato bibliográfico, no sólo exhibido, sino auténticamente manejado, es completísimo, y, en cierto modo, abrumador; la doctrina española se mane-

ja prácticamente en su totalidad, y casi lo propio puede decirse de la francesa e italiana; la cita de las doctrinas alemana, austriaca y suiza, es sumamente generosa. Algo similar puede afirmarse de la jurisprudencia: la española abarca desde el TC, hasta la de instancia, pasando, obviamente, por la de la Sala 1.ª del TS (ésta comprende desde 1910 hasta 1997, y su catálogo, me parece, no excluye a ninguna de las sentencias dictadas en esta materia desde la entrada en vigor del CC), completándose con importantes resoluciones de la DGRN (aunque sólo en el período 1988 a 1996). Hay también una nutrida relación de jurisprudencia alemana, dictada en todos los grados de jurisdicción (*Reichsgericht, Bundesgerichtshof, Oberlandesgericht, Landesgericht y Amtsgericht*); también de la francesa (de evidente interés para nosotros), tanto de la *Cour de Cassation*, como de los Tribunales de instancia; y, en menor medida, de la jurisprudencia italiana o suiza.

3. El Profesor Galgano, en su prólogo, describe sumariamente la evolución experimentada por las legislaciones civiles en orden a la relevancia y significación del error en cuanto vicio del consentimiento matrimonial, pasando desde la concepción restrictiva del error en la identidad, hasta fórmulas más flexibles que toman en consideración, con amplitud diversa, el *error in qualitate*. Al haber diversas fórmulas legales, la fundamental tarea del investigador ha de consistir en desentrañar el sentido del artículo 73-4.º CC vigente.

4. La obra se articula en siete capítulos cuyo contenido es el siguiente:

El capítulo I se dedica a *Consideraciones preliminares*, en las que, con gran acierto a mi juicio, defiende la construcción autónoma de la teoría de la nulidad matrimonial civil, con independencia tanto del Derecho canónico como del Derecho civil patrimonial, y lo mismo respecto a la institución del divorcio; partiendo de la libertad nupcial como manifestación del principio del libre desarrollo de la personalidad, concluye en el principio de personalización del instituto matrimonial como transfondo del artículo 73-4.º CC

El capítulo II —sumamente ilustrativo— expone los *precedentes legislativos* de aquella norma, estudiando minuciosa y exhaustivamente los proyectos de 1821, 1836, 1851 y 1869, dedicando un apartado especial a la Ley de Matrimonio civil de 1870, para, a través del proyecto de 1882, desembocar en la redacción originaria del CC; en este último punto destaca el autor los esfuerzos doctrinales por ampliar el ámbito de aplicación del error en aquél, que pueden servir como útil precedente para interpretar la nueva normativa en vigor.

El capítulo III trata del *error en la identidad civil de la persona*, que es una doctrina fundamentalmente de origen francés, llegando a la conclusión de que tal concepto no debe recibirse en el ordenamiento español por carecer de arraigo en nuestra doctrina y no existir razones históricas que justifiquen su conservación; opina que, después de la reforma de 1981, esta modalidad debe reconducirse, bien al error redundante en la identidad de la persona física, bien al error en cualidades personales del otro contrayente.

Parte de que los tres requisitos que el artículo 73-4.º exige a esta causa de nulidad son los siguientes: el error ha de recaer sobre cualidades personales del otro contrayente, la cualidad personal ha de ser de entidad, y el error ha de ser esencial o determinante de la prestación del consentimiento; bien puede afirmarse que aquí radica el núcleo de la Tesis, y al análisis de estos requisitos dedica los restantes capítulos, con una consideración final de la excusabilidad del error.

El capítulo IV estudia el concepto de cualidad personal. En su opinión, en el sentido del artículo 73-4.º lo son todos aquellos accidentes no patrimoniales

aptos para caracterizar a la persona del otro contrayente de modo permanente o estable, y que, existiendo al tiempo de la celebración del matrimonio, actúan como motivo impulsor de la prestación del consentimiento matrimonial de una de las partes. Estas cualidades pueden ser innatas o adquiridas, afectando a la dimensión corporal, psíquica, moral o jurídica de la persona, y, sin prejuzgar la cuestión de su respectiva entidad, el autor las describe en el cuadro que reproduzco: a) Cualidades físicas (impotencia, esterilidad, embarazo, edad); b) enfermedades físicas y mentales; c) cualidades relativas a la orientación sexual de los contrayentes (homosexualidad, ninfomanía); d) cualidades relativas al estado civil de las personas (nombbre, condición de divorciado, nacionalidad); e) cualidades de carácter confesional (profesión religiosa, orden sacerdotal, credo religioso, vínculo canónico precedente); f) cualidades morales (condena penal, virginidad, grave propensión a la mentira); g) profesión; h) transexualidad. La lista de cualidades personales parece bien escogida, a reserva de su carácter meramente indicativo, y de lo discutible del encasillamiento de alguna de las cualidades que se mencionan (por ej. la transexualidad podría englobarse en las cualidades relativas a la orientación sexual; el error sobre la regionalidad podría alinearse junto a la nacionalidad); en todo caso, en este cuadro destaca, de modo innegable, su carácter propedéutico.

Quizá el capítulo V, referido a *la entidad de las cualidades y la esencialidad del error*, es la parte más original de la obra. Analiza el significado que la doctrina española atribuye a la expresión *entidad*, seguido del análisis jurisprudencial de la misma, razonado con variedad de argumentos su opinión referida a una interpretación objetiva, sociológica y no institucionalista, y, además, plural. De sancionar el precepto una concepción meramente subjetiva del error en cualidad, debería concluirse –a su juicio– que la legislación española habría adoptado una posición que carece de precedentes en las legislaciones europeas más próximas; partiendo de una concepción objetiva se excluyen *a limine* aquellas cualidades basadas en estimaciones caprichosas o puramente arbitrarias de los contrayentes. Para rechazar la tesis institucionalista alega el autor que, al no definirse el matrimonio civil en el CC, hay dificultades para averiguar la causa del negocio, con riesgo de arbitrariedad, si se exceptúan los impedimentos matrimoniales (como se sabe, drásticamente reducidos en la reforma, por lo que la impotencia no podría tenerse en cuenta). Por ello concluye decididamente que la entidad objetiva de las cualidades personales habrá de ser apreciada conforme a parámetros sociológicos, y determinados, no tanto exclusivamente conforme al criterio de la *communis opinio*, sino más bien apoyándose en los valores imperantes en el círculo social al que pertenecen los contrayentes; ilustra tal afirmación a título de ejemplo, con la existencia de ciertos ambientes sociales en los que la condición de divorciado, la virginidad o el credo religioso, alcanzan una entidad objetiva indudable, dado que las personas pertenecientes al mismo estiman que tales cualidades constituyen un factor de cohesión matrimonial tan importante, que, normalmente, las incorporan a la causa de su concreto matrimonio. En cuanto a la esencialidad del error su tratamiento resulta más sucinto, aunque suficiente; a su juicio, el error esencial puede ser definido como aquel que determina la concreta prestación del consentimiento matrimonial por parte de uno de los contrayentes, y, dado que la emisión del consentimiento puede depender de los más variados móviles, el juicio de esencialidad es esencialmente subjetivo. Los aspectos procesales presentan no pocas dificultades; así, quien alega el error deberá demostrar la existencia, al tiempo de la celebración de las nupcias, de un estado psicológico de falsa representación mental de las cualidades personales del otro

contrayente o de ignorancia de las verdaderas cualidades de éste, junto al carácter determinante del error; dado que el Juez difícilmente alcanzará certeza plena sobre este punto, ha de utilizar lo que el autor denomina *índices de esencialidad*, entre los que incluye la abstracta significación social de la cualidad y el particular comportamiento observado por las partes, antes, durante e, incluso, después de la celebración de las nupcias.

En el capítulo VI se analizan *in concreto* las cualidades personales de entidad a efectos del error. Sin descender aquí al detalle de cada una de las examinadas, merece destacarse el tratamiento *in extenso* de la impotencia, el embarazo *ab alio*, las cualidades de carácter confesional (que se examinan a la luz de los principios constitucionales) y –por su novedad– la transexualidad. El estudio particularizado incluye la doctrina y la jurisprudencia, especialmente de las Audiencias Provinciales.

Al tratar de la *excusabilidad del error*, el autor llega a la conclusión de que existen sólidos argumentos para fundamentar la no exigencia de la excusabilidad del error matrimonial, lo que le conduce a analizar el recurso a los artículos 98 y 1902 CC, con abundantes opiniones doctrinales y jurisprudencia reciente.

5. Obviamente, la detallada recensión de una obra no supone adhesión íntegra a las opiniones sustentadas en la misma. El autor de aquélla se ha visto, en este caso, agradablemente sorprendido por la cita puntual de no pocas de las opiniones que, anteriormente, había tenido oportunidad de expresar sobre el tema, a veces a gran distancia de la reforma. En la discusión pública de la Tesis expuso algunas discrepancias, y no parece inadecuado reiterar ahora alguna de las mismas.

Estoy sustancialmente de acuerdo con el autor (p. 45 ss.) cuando expone las estrechas relaciones entre el artículo 73-4.º CC y el principio de personalización del instituto matrimonial; es una argumentación brillante y poco aducida por nuestra doctrina. Sin embargo considero innecesario, a efectos de la Tesis, la aplicación que hace de la misma al tema del divorcio. El autor defiende expresamente el valor jurídico de la estabilidad de las relaciones matrimoniales, aunque reconoce que ha pasado a un segundo término tras la admisión del divorcio; y, asimismo, que en último término la estabilidad está en manos de los cónyuges, manteniendo o interrumpiendo la vida en común. Cabe preguntar si con la introducción de la posibilidad legal de la ruptura del vínculo ha venido a protegerse la estabilidad matrimonial, o si, por el contrario, ésta ha venido a convertirse en un mero *nomen iuris*, o *flatus vocis* sin contenido. Por otra parte, el mandato impuesto a todos los poderes públicos (por tanto, también al legislativo) en el artículo 39.1 CE de garantizar la protección jurídica de la familia, parece igualmente que ha quedado reducido a la nada. Y a propósito del libre desarrollo de la personalidad, ¿está debidamente tutelada en la legislación española la (no menos respetable) convicción de quienes conciben el matrimonio como unión indisoluble? Por otro lado, ¿no cabe imaginar, en perspectiva indisolubilística, una regulación de la nulidad que respete al máximo el principio de personalidad?

En relación con la entidad de las cualidades personales con relevancia en el error, el autor ha elaborado una meditada construcción sociológica y plural, en la que, ingeniosamente, busca el difícil equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo, que, sin embargo, no convencerá a todos, singularmente a los Tribunales.

En cuestiones accesorias, o de matiz, se advierte que toda la amplitud que el autor muestra hacia el Derecho Comparado –digna, por lo demás, de lo a– contrasta con cierta cicatería en relación con la doctrina y jurisprudencia canónica sobre el error, en la que se ha recogido una experiencia secular que puede ser útil

para el jurista actual. En la bibliografía actual sobre el estado civil se echa en falta la cita de la monografía de M.^a Ángeles Parra Lucán.

6. Vuelvo al comienzo. Estamos en presencia de una investigación rigurosamente conducida, ejemplarmente desarrollada bajo la óptica comparativa, fruto de una personalidad ya madura, en la que el autor defiende, con un lujoso despliegue de argumentos doctrinales, legales y jurisprudenciales, una concepción sobre el error matrimonial, destinada a servir de punto de partida para una revisión de la *communis opinio* sobre el tema, y, eventualmente, a influir en la práctica de los Tribunales.

Gabriel GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza

VV. AA.: Poder político y derecho en la Roma clásica, curso de verano de El Escorial dirigido por Javier Paricio, ed. Complutense, Madrid, 1996, 208 pp.

El libro que recensiono recoge las ponencias presentadas en el Curso de verano de la Universidad Complutense de Madrid que con el mismo título y bajo la dirección de J. Paricio, catedrático de Derecho Romano de la Universidad Complutense de Madrid, se celebró los días 31 de julio al 4 de agosto de 1995. En dicho curso también participaron, además de los profesores cuyos artículos iremos comentando, Pablo Fuenteseca, Juan Miquel y Javier de los Mozos, cuyas ponencias no pudieron ser incluidas en el libro por diversos motivos, tal y como señala J. Paricio en la nota preliminar del mismo.

Las comunicaciones presentadas en este curso de El Escorial han dado lugar a la relación de artículos que recensiono a continuación. Por su diferente contenido y carácter he optado por hacer un comentario particular de cada uno de ellos sin perjuicio de destacar las ideas comunes e interrelaciones indudablemente existentes.

El libro comienza con el artículo titulado *La crisi de la libera res publica* (pp. 11-21) de Pietro Cerami, profesor ordinario de Derecho Romano de la Universidad de Palermo, en el que se hace una exposición general acerca de la crisis y agonía de la República romana (509 a.C. - 27 a.C.) la cual representó la aplicación práctica en la antigüedad del ideal democrático de participación de los ciudadanos en la elección directa de los magistrados y en la aprobación de las leyes. La República no nació de una norma constitucional escrita sino que es ante todo un producto histórico basado en último término en el consenso básico entre la nobleza patricia y la mayoría plebeya. De ahí, la expresión con la que se designaba oficialmente al Estado romano: Senado y Pueblo de Roma. Así, el autor destaca que Polibio (Hist. 6, 11-17) ve fundada aquella República sobre la *concordia civium et potestatum* lo que supone una coparticipación de todas las *partes rei publicae* en el ejercicio del poder político: magistrados, Senado, asambleas populares, tribunos de la plebe.

La crisis de la *libera res publica* romana fue en esencia una crisis de desarrollo imputable sobre todo a la inidoneidad funcional de sus estructuras organizativas por la enorme dificultad de gobierno de un territorio que abarcaba todo el Mediterráneo y gran parte de Europa con unas estructuras políticas —fruto de un

consenso social— de una pequeña ciudad-estado. Sin embargo, la cuestión es si podría haber sido posible un esfuerzo de adaptación que hubiese salvado aquella República y el autor nos refiere una serie de causas que lo impidieron, las cuales derivaban de la propia expansión de Roma y del egoísmo y miopía política de una gran parte de la *nobilitas* romana. También nos refiere los sucesivos y fracasados intentos de «racionalización», es decir, de adecuación de las estructuras de la República a las nuevas realidades y las repercusiones que el estado de crisis institucional y social de finales de la República tuvo sobre el Derecho privado romano.

Después de este artículo, César Rascón, catedrático de Derecho romano de la Universidad de León, aporta al libro una recensión crítica del libro de P. Cerami *Potere e ordinamento nella esperienza costituzionale romana* de la que resultan reflexiones (pp. 23-29) sobre la metodología que emplea Cerami al estudiar y exponer la historia del Derecho constitucional y administrativo romano.

Cerami exponía a lo largo del libro una posible vía de superación de las dos tesis ya tradicionales respecto del origen y naturaleza de todo Ordenamiento jurídico y, en particular, del Ordenamiento romano: la tesis institucional, es decir, el Ordenamiento jurídico como emanación natural del ordenamiento social; y la tesis normativa, es decir, el Ordenamiento jurídico como sistema de normas jurídicas. Dicha vía se centra por un lado en la concepción fáctica y anormativa de la estructura política romana, especialmente respecto de la República, lo cual nos acerca a la tesis institucional, y, por otro lado, en la progresiva uniformización en el *ius civile* de ciertas categorías de normas generales lo que da lugar a una idea de ordenamiento normativo.

El tercer artículo del libro se debe a Francesco Guizzi y se titula *Potere e consenso nella "costituzione" augustea* (pp. 31-38). Guizzi, además de ser profesor ordinario de Derecho romano en la *Sapienza* de Roma es magistrado de la Corte Constitucional italiana y, quizá, ello le haga tener una mayor sensibilidad respecto de la materia que trata en su artículo. El autor nos advierte que *non si può dunque credere ad Augusto*.

Augusto, vencedor de la última de las guerras civiles que asolaron el último siglo de la República quería aparecer ante la opinión pública de entonces como el restaurador de la *libera res publica* romana y como un patriota romano e italiano frente a los pueblos *bárbaros* de Oriente pero, en la realidad de los hechos, utilizó la legalidad republicana para ir creando un Estado paralelo dentro de la propia República romana: así se reservó el gobierno directo de las provincias que calificó de «no pacificadas», precisamente donde se encontraban estacionadas las legiones romanas; asumió con gran sagacidad la *tribunicia potestas* que era la potestad republicana de los tribunos de la plebe para vetar las decisiones de los demás magistrados en cuanto perjudicasen al pueblo; ejerció la *commendatio*, es decir, el poder de recomendación de quienes debían ocupar el cargo de senador, y también la *suffragatio*, es decir, el poder de influir de una u otra manera en las votaciones de las Asambleas Populares que aprobaban las leyes; creó una jurisdicción especial para casos de Derecho civil, penal y administrativo (*cognitio extra ordinem*); puso los cimientos de una verdadera administración pública formada por funcionarios a sueldo con competencias definidas que acaba apartando o integrando en ella a casi todas las antiguas magistraturas republicanas. El resultado de todo ello fue la instauración de un régimen autoritario que se ha denominado Principado y que abarca hasta mediados o finales del siglo III d.C., en el que, sin embargo, aún quedaba un respeto al menos formal por las libertades públicas y por una cierta idea de legalidad republicana.

El siguiente artículo se debe a V. Giuffrè, profesor ordinario de Derecho Romano de la Universidad de Nápoles y se titula *Repressione criminale e garanzie del cittadino fra Repubblica e Principato* (pp. 39-54). En este artículo el autor aporta una revisión crítica de uno de los mayores tópicos que pesan sobre el Derecho penal romano: la ausencia en el mismo del principio de legalidad.

Ciertamente, los magistrados *cum imperio* tenían en la República un poder general de policía y de represión penal (*coercitio*) pero dicho poder no sería tampoco arbitrario sino que existían ciertas medidas de control de legalidad en la definición de los hechos delictivos y en la imposición de las penas. Dichas medidas actuaban con más fuerza cuanto mayor fuese la gravedad de los delitos y de las penas. La más importante era, sin duda, la llamada *provocatio ad populum* o posibilidad, reconocida por ley, que tenían los ciudadanos romanos de apelar a las asambleas populares (comicios centuriados, comicios por tribus) en caso de ser condenados en la ciudad de Roma a pena de muerte o a una multa superior a 3020 ases. Los acuerdos del pueblo adoptados por dichas asambleas tenían valor de ley, constituían un *iussum populi*, con lo que por esta vía la actuación de los magistrados sería sometida indirectamente a un principio de legalidad. Ahora bien, el autor restringe el ámbito de la *provocatio* sólo a supuestos en los que no estuviesen fijados por ninguna norma ni el crimen ni la pena o que el crimen tuviese un cierto contenido político y, sobre todo, considera, en contra de lo que ha sido una opinión doctrinal común sobre este punto, que el *iussum populi* no versaría sobre la condena o absolución del que apeló al pueblo sino sobre la posibilidad de conmutar la *poena capitis* por otra menor que sería, en caso de pena de muerte, su sustitución por la pena de exilio (*aqua et igni interdictio*). Giuffrè reconoce, no obstante, la falta de fuentes suficientes en toda esta materia.

En cualquier caso el magistrado que condena penalmente también se ve limitado por el veto de los tribunos de la plebe, por las exigencias derivadas de su carrera política y por la posibilidad de ser procesado después de su mandato anual.

A finales de la República son creadas por leyes las llamadas *quaestiones perpetuae* que son tribunales permanentes de jurados, presididos respectivamente por un magistrado, encargados de conocer, cada uno de ellos, de un crimen diferente. La específica ley de creación tipificaba el crimen correspondiente y la pena aplicable por la *quaestio*.

A continuación referimos el artículo *Giurisprudenza e oratoria nella tarda Repubblica* (pp. 55-67) de Mario Bretone, profesor ordinario de Derecho Romano de la Universidad de Bari, que nos habla de la relación entre abogacía y doctrina en el período de siglo y medio que abarca desde el 200 a.C. hasta mediados del siglo I a.C., es decir, hasta el más conocido de los oradores: Cicerón.

La abogacía era desempeñada por oradores que actuaban con arreglo al imperativo categórico de la *pietas*, es decir, de la defensa leal del interés de su patrocinado o cliente utilizando para ello todas las posibilidades de la dialéctica y de la retórica, lo cual, podía ser decisivo para el patrocinado en aquella época de duras luchas políticas. La doctrina (jurisprudencia) estaba constituida por los juristas y tenía como imperativo categórico el ideal de la justicia a la hora de resolver el caso práctico planteado.

Oratoria y jurisprudencia obedecían a un entorno cultural dominado por la realidad geométrica y concéntrica de las ciudades-estado de la antigüedad en las que la vida pública de la comunidad giraba en torno a la plaza o foro central. Los procesos judiciales donde actuaban los oradores tenían lugar en dicho foro ante

la mirada atenta de los ciudadanos y, por otro lado, los juristas daban sus pareceres muchas veces en dicho foro.

Los juristas gozaban de un extraordinario prestigio social: la jurisprudencia romana fue de hecho sacerdotal hasta casi finales de la República y, aun en esta época, los jurisconsultos conservaron la aureola de ser sacerdotes de la justicia. Aconsejaban gratuitamente en sus casas o en lugares públicos sobre la solución más justa y útil del caso planteado tanto a particulares como a magistrados en el ejercicio de sus funciones y crearon con libertad numerosas fórmulas negociales y procesales. En sus repuestas, como dice el autor, atendían a la justicia sin distinguir entre amigos y enemigos y las solían dar oralmente en presencia de público y, particularmente, ante sus respectivos discípulos.

En el siglo I a.C., se dieron dos corrientes de pensamiento en la jurisprudencia romana: la que el autor llama técnico racional fiel a la tradición que separaba nítidamente la función del jurista como *iuris consultus* guiado sólo por un ideal de justicia, y la «humanística» o enciclopédica, de influencia helenística, que procuraba un saber global en el jurista y que tenía puentes hacia la oratoria; así, numerosos juristas de esta época fueron también oradores. No obstante, la concepción tradicional de la jurisprudencia vuelve a ser claramente predominante a partir del Principado.

Bretone nos dice que jurisprudencia y oratoria estaban, la una frente a la otra, en el mismo plano social y añade que ambas tenían, en tanto que disciplinas autónomas, un lugar de encuentro en el proceso.

El siguiente artículo que comentamos, que en el libro aparece en décimo lugar, versa sobre el ejercicio de la abogacía en Roma. Este artículo se titula *Reflexiones en torno al origen de los honorarios de los advocati* (pp. 133-138), y en él Rodríguez Ennes, catedrático de Derecho romano de la Universidad de Vigo, nos enseña en primer término el origen de la abogacía en Roma que se encuentra en los deberes de *amicitia* y de patronazgo que eran muy valorados en la sociedad romana. Así, siguiendo al autor, vemos que durante la República las partes solían encargar que hablasen en su nombre en el proceso a personas destacadas por sus cualidades oratorias (*oratores*) o por su elevada posición social (*patronos*), o bien eran acompañados por personas que les daban consejos y les confortaban, las cuales, eran a su vez o peritos en derecho o gozaban de una elevada posición social (*advocati*). En el Imperio tienden a desaparecer aquellas distinciones y la defensa procesal es confiada al *advocatus*, en el sentido técnico de la palabra. A continuación el autor hace una detallada exposición acerca de la regulación de los honorarios de los abogados romanos desde la República hasta el Imperio.

Y volviendo otra vez al orden de exposición del libro, aparece el artículo titulado *Potere centrale e giurisprudenza nella formazione del diritto privato romano* (pp. 69-84) de Carlo Augusto Cannata, profesor ordinario de Derecho Romano de la Universidad de Neuchâtel.

Cannata empieza por destacar que la muerte sorprendió a César *agentem atque meditantem* para reducir la inmensa y difusa masa de normas del *ius civile* romano y llevarla a pocos libros (*in paucissimos libros*). El proyecto de César respondía a una opinión generalizada y así Cicerón llegó a publicar una obra —*de iure civile in artem redigendo*— de la que no nos han llegado más que fragmentos insignificantes, en la que proponía el modo de exponer el derecho civil romano según un esquema dialéctico y de hacerlo en pocos libros.

Cannata ve razones políticas en estos intentos de codificación porque César aspiraría a un mayor control sobre los juristas, los cuales actuaban hasta entonces

con absoluta libertad y basaban su reconocimiento social en su capacidad profesional y en su autoridad moral por lo que tenían casi el monopolio en el desarrollo casuístico y normativo del *ius civile* romano. La codificación implicaría que la jurisprudencia tendría que limitar básicamente su labor a la interpretación y aplicación casuística de un texto codificado del *ius civile*. El autor añade que ésta no sería la única razón sino que también abogados como Cicerón criticaban la oscuridad y dificultad de la vieja técnica de los juristas romanos y reclamaban una sistematización del derecho civil en definiciones y categorías jurídicas.

Frente a estas ideas codificadoras producto de un época (siglo I a.C.) fuertemente influenciada por la dialéctica y la retórica griegas se alzó Labeón que fue quizá el más importante de los juristas contemporáneos de Augusto. El momento era crucial, Augusto estaba inventando un nuevo régimen político y las decisiones de política legislativa que se tomaran iban a ser determinantes para la posteridad.

Las fuentes literarias insisten en el fuerte rechazo del republicano Labeón a Augusto. Cannata no lo cree así y repasa una por una dichas fuentes para concluir que estamos más bien ante una fría relación de independencia mutua entre ambos.

Por otro lado, el autor, sin decirlo de modo expreso, sugiere implícitamente una imagen de Labeón como una anticipación histórica de la figura de Savigny; y no le faltan razones para ello: Labeón reivindicaba para los juristas la gestión del derecho civil contra la invasión del poder público que se concretaba en una legislación codificadora del mismo. Frente a ella Labeón proponía en su obra *Pithaná* (comentada y resumida luego por Paulo a principios del siglo III d.C.) un método alternativo basado en premisas ofrecidas por la filosofía estoica; dicho método jurídico consistía en la proposición libre de todo un conjunto de reglas casuísticas lógicas (los *pithaná*) inducidas de la práctica jurídica civil siendo dichas reglas generalizantes para los casos análogos.

El autor concluye diciendo que Labeón vence su batalla y así Augusto abandona toda posible idea codificadora del *ius civile* y, por contra, establece una sutil política de acercamiento de los juristas al poder imperial por diversas vías.

El siguiente artículo que comentamos se debe a Javier Paricio, catedrático de Derecho romano de la Universidad Complutense de Madrid y organizador del Curso, y lleva por título *El ius respondendi ex auctoritate principis* (pp. 85-105); en dicho artículo hace un análisis del *status quaestionis* actual respecto de este tema.

Augusto abandonó todo posible intento codificador pero atrajo para sí a algunos de los más importantes juristas romanos, posiblemente cercanos a su política, concediéndoles la facultad de dar respuestas bajo su autoridad, las cuales, tendrían un valor especial para los jueces. Dicha práctica continuó con Tiberio y, casi seguro, posteriormente hasta Adriano (mediados del siglo II d.C.) que la transformó institucionalmente mediante la creación —ya para el futuro— de un *consilium principis* siendo éste una especie de Consejo de Estado en el que se incluían los juristas más prestigiosos que emitían sus repuestas y dictámenes con la autoridad del Príncipe.

El autor realiza un estudio de la principal pero insuficiente fuente que disponemos sobre esta materia que es un fragmento del Digesto —D. 1,2,2,48-50 (Pomp. l. sing. enchir.)— en el que Pomponio (segunda mitad del siglo II d.C.) hace un *excursus* histórico relativo al *ius respondendi*: Paricio entiende que el fragmento es básicamente genuino y defiende con Guarino, y en contra de otros autores, que el otorgamiento del *ius respondendi* por parte de Augusto se debe

interpretar simplemente como un apoyo de éste a los juristas que le parecían mejores cubriéndolos, con su *auctoritas*, de una patente de buen jurista que, sin embargo, no tenía ningún valor jurídico especial; sólo con su sucesor, Tiberio, el *ius respondendi* se institucionaliza y se transforma en un beneficio de concesión imperial que consistía en la facultad de emitir *responsa* a petición de los interesados, los cuales vinculaban a magistrados y jueces.

Paricio también cree, contra la opinión de Wieacker, que el *ius respondendi* no se agota con Tiberio, para lo cual aporta una serie de datos y consideraciones convincentes y añade que después de la concesión del mismo por Tiberio a Sabino dicho otorgamiento se realizaría previa petición del jurista interesado presentando éste sus méritos personales. No obstante, la jurisprudencia siguió siendo libre y creativa en lo fundamental aunque cada vez más mediatizada por el poder imperial.

A continuación, el artículo de A. Fernández Barreiro, catedrático de Derecho romano de La Coruña, titulado *Poder político y Jurisprudencia en la época tardo-clásica* (pp. 106-121) aporta una exposición sintética y sistemática del proceso histórico de progresiva concentración del poder político en Roma a lo largo del Principado hasta llegar al Dominado y, paralelamente, del progresivo cambio de actitud de la jurisprudencia desde el desigual acercamiento inicial a las tesis de Augusto hasta su definitiva integración en la Cancillería imperial a la cual pertenecían, desde mediados del siglo II d.C., los más relevantes juristas romanos en calidad de funcionarios.

Superado el período de tensiones entre el Príncipe y el Senado y convertido éste cada vez más en un órgano meramente consultivo o figurativo, Adriano (s. II d.C.) marca un punto de inflexión hacia el Dominado y crea el *consilium principis* como órgano de consejo y de toma de decisiones formado, entre otros, por los más importantes juristas, dotados del *ius respondendi ex auctoritate principis*. La nueva jurisprudencia tardo-clásica (finales del siglo II d.C.-comienzos del siglo III d.C.), integrada en dicho órgano, «incorpora en su obra científica la normatividad imperial, mantiene una comunicación con la tradición jurisprudencial anterior, pero responde a una cultura política que se distancia definitivamente de la republicana; ello le permite a la jurisprudencia de esta época llevar a cabo bajo la autoridad imperial la primera configuración unitaria del Derecho privado romano, eliminando del mismo buena parte de la problemática que presentaban las obras de los juristas anteriores». Sin embargo es una jurisprudencia que pierde libertad y creatividad y así hasta la práctica desaparición en el siglo IV d.C. de la jurisprudencia científica.

El siguiente artículo que comentamos, *Jurisdicción y Jurisprudencia en el Principado* (pp. 123-132), es de Julio G. Camiñas, catedrático de Derecho romano de la Universidad de Santiago. El autor traza un cuadro sintético respecto de la forma en la que nace la *cognitio extra ordinem* (como ya sabemos, jurisdicción imperial paralela a la jurisdicción pretoria republicana) y resalta que el *modus operandi* seguido por Augusto y sus sucesores respetó la tradición jurídica ya consolidada y no realizó reformas en lo ya existente sino innovaciones desde fuera permitiendo a los ciudadanos apelar ante el Príncipe una sentencia judicial o acudir ante él para que decidiera directamente una cuestión entre particulares.

El autor nos refiere la importancia de Adriano que codifica y petrifica el edicto del pretor, que crea el *consilium principis* y que multiplica los diversos tipos de disposiciones normativas imperiales dentro de las que destaca los *rescripta* que eran respuestas de la Cancillería imperial que resolvían normativamente las cuestiones planteadas por funcionarios, magistrados, jueces o particu-

lares. Dichos rescriptos, como afirma el autor, venían a continuar la tradición de los *responsa* jurisprudenciales de la jurisprudencia libre republicana y en su redacción intervenían muchas veces juristas integrantes del *consilium principis*.

A continuación, en el siguiente artículo titulado *Actitud del Cristianismo ante el Imperio romano* (pp. 139-189), Juan de Churruca, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Deusto, aborda con todo rigor la, cuando menos, delicada materia de la actitud política del Cristianismo de los primeros siglos respecto del Imperio romano. Para ello maneja numerosas fuentes en griego y utiliza una amplia bibliografía predominantemente teológica y mayoritariamente en lengua alemana.

El autor realiza un pormenorizado estudio de textos del Antiguo Testamento, de los Evangelios, de la literatura epistolar de San Pedro y San Pablo, del libro del Apocalipsis de San Juan, de la literatura martirial cristiana y de la patrística de la Iglesia. Dicho estudio comprende también en algún caso una exhaustiva exégesis de textos como es el caso del escrito de San Pablo, Paul. Rom. 13,1-7, que es el primer fragmento de la primitiva Iglesia cristiana en el que se aborda directamente la actitud que los cristianos han de tener frente al poder político establecido. Así, San Pablo se dirige a la cabeza del Imperio afirmando tres principios fundamentales: el origen de la autoridad política está en Dios; la función ministerial de la autoridad política terrenal; y la obligación en conciencia de los cristianos de someterse a ella. No obstante, muy pronto aparece en otros escritos, incluso de San Pablo, la cuestión de qué debe hacer el cristiano ante una autoridad manifiestamente injusta: en este caso hay que obedecer a Dios antes que a los hombres.

A partir de estas premisas básicas el autor traza un complejo panorama sobre la actitud de la Iglesia en general y de las comunidades cristianas en particular respecto del poder político establecido a lo largo de los tres primeros siglos de nuestra Era hasta el reconocimiento oficial del Cristianismo por el Imperio Romano en el siglo IV.

El libro termina con el artículo de José Luis Murga, catedrático emérito de Derecho Romano de la Universidad de Sevilla, titulado *Ideologías y políticas del Bajo Imperio y su influencia en los delitos* (pp. 191-208). Murga expone un cuadro histórico de la decadencia del Imperio romano a partir de mediados del siglo III d.C. y de la crisis y desaparición del Imperio romano de Occidente en el año 474 d.C.

El autor atiende sobre todo a la crisis ideológica y a la proyección de todo este estado de cosas al campo del Derecho penal. Respecto de dicha crisis expone la asunción e imposición del Cristianismo como religión oficial del Imperio y el conflicto ideológico que ello supuso para parte de la aristocracia senatorial romana que aún seguía apegada a las tradiciones de sus antepasados. Y respecto al ámbito del Derecho Penal, el autor empieza por hacer una introducción de la distinción romana entre *delicta* (delitos entre particulares que daban lugar a una pena pecuniaria exigible a instancia de la víctima del delito) y *crimina* (crímenes que atentaban directamente contra la comunidad, perseguibles de oficio y castigados con penas personales); luego refiere la progresiva criminalización de diversos delitos en el Bajo Imperio así como la tipificación de nuevos *crimina* en un ambiente crecientemente represivo y nos da un esquema de las penas personales y patrimoniales aplicables en el Imperio absoluto. La exposición del autor termina con algo que es sumamente representativo de la crisis que se vive a principios del siglo V en el Imperio Occidental. Se trata de tres sucesivas *leges imperiales* de la época por la que se castigaba durísimamente la moda arraigada

entre la juventud de la ciudad de Roma de vestirse como los *bárbaros* del norte dejándose además los jóvenes el pelo largo. Según el autor estábamos ante un oscuro y difuso movimiento de protesta juvenil ante la realidad de un Imperio en descomposición y, también, en el caso de la ciudad de Roma, contra la aristocracia feudalizante que dominaba la ciudad.

José María BLANCH NOUGUÉS
Universidad Autónoma de Madrid

YIANNOPOULOS, A.N. (Ed.): *Louisiana Civil Code (As Revised and Amended through the 1996 Sessions of Legislature)*, ed. 1997, West Publishing Co., 1338 pp.

1. La publicación anual del Código civil de Louisiana de 1870, en su edición de 1997 por la editorial *West Publishing Co.*, constituye una buena ocasión para aprovechar y recordar a un código civil, que por diversas razones, como las que siguen, puede interesar a los investigadores.

1.1 Desde la perspectiva del Derecho comparado, este código pertenece, por su origen, a la familia latina de la codificación civil: sufre una decisiva influencia del Código civil francés de 1804.

Un ejemplo de esto, aunque debe matizarse por datos posteriores, es el de la primitiva estructura del vigente Código civil de Louisiana (CCL en adelante), que se inspira en el CC francés. En su origen, el CCL 1870 consta de un título preliminar y tres libros: el primero trata de las personas, el segundo, de las cosas y de las diferentes modificaciones de la propiedad y el tercero, de los diferentes modos de adquirir la propiedad de las cosas. Esta estructura tiene evidentes similitudes con la del CC francés que también tiene un título preliminar y tres libros, cuyos títulos evocan la realidad de una traducción, sin más, al CCL. Sin embargo, el actual CCL cuenta, además, con un cuarto libro (*Conflict of Laws*), añadido por *Acts* 1991 núm. 923, que también reformó el capítulo 3 (*Conflict of Laws*) del título preliminar: dejó aquí un único artículo, el reformado 14, que hace una remisión en bloque a ese libro IV, salvo excepción prevista por ley (este título preliminar ya había sido reformado antes).

Dentro de las influencias que pueden rastrearse en la codificación del derecho civil de Louisiana, también debe destacarse, aunque su alcance sea cuestión controvertida, la del derecho español —evidentemente, del anterior al CC de 1889— (más detalle sobre ambas fuentes, francesa y española, *infra*).

Ahora bien, la peculiaridad del CCL reside, hoy en día, en que su aplicación se hace en un sistema de derecho (el de EEUU) en donde impera el *Common Law*. Zweigert/Kötz señalan esta característica, que comparte el Código civil de Quebec, aunque en éste es menor la influencia. Dicen: «En Norteamérica hay dos zonas en donde la tradición legal francesa todavía es vital: Louisiana y Quebec. La supervivencia del *Romanistic Law* en estos dos territorios es del mayor interés para los juristas, puesto que Louisiana y Quebec son ambos miembros de estados federales en los cuales impera totalmente el *Common Law* (...) Louisiana y Quebec ofrecen al comparatista una rara suerte para observar, actualmente, la interacción de diferentes estilos de derecho, y es por ello natural que en ambos lugares haya florecientes, y famosos mundialmente, centros de estudios de derecho comparado» (p. 119); «En cualquier caso, los sistemas legales de Louisiana y Quebec ofrecen al compa-

ratista modelos fascinantes de una simbiosis entre el *Civil Law* y el *Common Law*, y muestran que una unidad política puede comprender estados de diferentes tradiciones legales, incluso cuando aquellas tradiciones legales son tan diferentes como aquellas de Roma y Westminster» (p. 122; ambas citas: *An Introduction to Comparative Law*, traducción al inglés por Tony Weir, 2.^a ed., vol. I, 1987).

Y es cierto que el CCL ha sufrido y sufre la influencia del sistema jurídico en el que se inserta. Todo el CCL ha sido objeto de importantes y sustanciales reformas, que persiguen como fin adaptarlo a la realidad cambiante de la sociedad a la que se aplica. En este sentido recuerda Yiannopoulos, que esta preocupación ya se manifestó en 1908, cuando el *Louisiana Legislature* nombró una comisión de tres eminentes abogados y les encargó la tarea de revisar el CCL. Pero el texto revisado presentado fue rechazado. En 1948, el *Louisiana Legislature* encargó al *Louisiana State Law Institute* la revisión del CCL. Este *Institute* creó una sección de Derecho civil y nombró *Reporters and Advisory Committes*. La reforma podía ser enfocada desde dos distintos planteamientos: a) poner al día al CCL, teniendo para ello presente los precedentes judiciales y la legislación surgida sobre la materia civil; también podía procederse a cambiar el lenguaje y estilo empleados; b) realizar una revisión sustancial del CCL en cuanto a su estructura y principios inspiradores. Dada la evidente magnitud del segundo planteamiento, el *Louisiana State Law Institute* decidió hacer revisiones parciales del CCL; esto es, reformar materias o instituciones jurídicas que, en sí mismas, poseen carácter autónomo. Estas reformas selectivas tienen lugar desde 1976 hasta la actualidad (entre las más recientes, por ejemplo: 1996, sobre algunos aspectos de la donación; 1995, sobre las obligaciones que surgen sin acuerdo: gestión de negocios y enriquecimiento sin causa; 1993, con entrada en vigor el 1 de enero de 1995, sobre la compraventa, etc.).

1.2 Desde la perspectiva de las fuentes que influyeron en el CC español, el CCL nos es familiar: se encuentra entre los códigos extranjeros a los que se acudió. Hubo, pues, una recíproca influencia (del derecho español al de Louisiana y viceversa), aunque, evidentemente, en desigual medida.

Pero el CCL que influyó en el nuestro es el de 1825, a través de la influencia de éste en nuestro PCC de 1851, y no el de 1870. Así lo destaca Peña Bernaldo de Quirós: «2. Fuentes extranjeras.—Los redactores del Anteproyecto [1882-1888] siguieron la pauta marcada en las Concordancias de García Goyena, y constantemente (Libros III y IV) citan preceptos extranjeros para dar autoridad al precepto que se propone (...) Es más, los Códigos que se tuvieron ya en cuenta en la redacción del Proyecto de 1851 (Códigos de Francia, Holanda, Vaud, Louisiana, Austria, Prusia y Baviera) son citados en el Anteproyecto frecuentemente siguiendo simplemente las Concordancias de García Goyena» (p. 30); «b) Los Códigos del grupo francés, ordenados por el número de veces con que son citados en el Anteproyecto, son los siguientes: Código Italiano, Anteproyecto belga de Laurent, Código Holandés, Códigos de Louisiana y Códigos del Cantón de Vaud» (p. 33); y en nota 99: «El Código de Louisiana fue aprobado en 12 de abril de 1824 para que entrara en vigor el 20 de junio de 1825. Como el de Holanda, muchas veces se limita a reproducir preceptos del Código francés. Son evidentes las influencias del Derecho español, por ejemplo en la regulación del régimen matrimonial. En 1870 fue objeto de revisión (Riera Aisa, op. cit.). Pero, en todo caso, como este Código es citado, según ya hemos dicho, a través de las Concordancias de García Goyena, es al Código de 1824 al que hay que tener en cuenta como fuente del Anteproyecto» [p. 33; todas las citas: *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Centenario de la Ley del Notariado, sección cuarta, Fuentes y Bibliografía, vol. I,

Madrid, 1965]. Adelantemos, que el CCL 1870 es básicamente el CCL 1825 con las que fueron pertinentes y necesarias actualizaciones (cfr. *infra*).

Y situados en esta perspectiva histórica es oportuno recordar, brevemente, cuál es el proceso seguido en la codificación civil de Louisiana. Esta información nos la proporciona Yiannopoulos que, recordémoslo, es quien compila esta edición del CCL de la que informamos.

2. Tres años son los momentos claves en la codificación civil de Louisiana: 1808, 1825 y 1870.

2.1 *A Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans 1808*. Para comprender, cómo surgió el texto de 1808 y algunas de las cuestiones que hoy preocupan a la doctrina, hemos de acudir a la historia y remontarnos a 1712. En este año, Luis XIV concedió una *Charter* a Antoine Crozart para el desarrollo, administración y explotación del territorio de Louisiana. Esta *Charter* estableció que dicho territorio se gobernaba por Edictos, Ordenanzas y la costumbre de París. A pesar de las vicisitudes políticas a las que se vio sometido Louisiana, este sistema jurídico continuó.

Por el Tratado de Fontainebleau, Louisiana fue cedida a España en 1762. El derecho francés continuó aplicándose hasta el 25 de noviembre de 1769, fecha en la que el gobernador de España, don Alexander O'Really, promulgó una *Ordinance* para organizar un gobierno y una administración de justicia conforme a las leyes españolas. A esta *Ordinance* le acompañaban unas *Instructions*. Lo destacable de estas normas es que, con ellas, O'Really transformó Louisiana en una provincia española de Ultramar, gobernada por las mismas leyes que otros territorios españoles en América. No obstante, hay discrepancias doctrinales sobre si efectivamente el derecho español sustituyó al francés. Téngase presente que la gente de Louisiana estaba estrechamente vinculada a sus costumbres y solía resolver sus conflictos extrajudicialmente, sobre la base del derecho, usos y costumbres franceses.

Louisiana volvió a Francia el 1 de octubre de 1800 por el Tratado de San Idelfonso, aunque sólo asumió su soberanía el 30 de noviembre de 1803 y por veinte días. En este breve período, Laussat, representante de Napoleón, realizó importantes reformas de carácter administrativo; pero, dejó en vigor el anterior conjunto de leyes, las cuales así permanecían cuando Louisiana fue cedida a EEUU (diciembre de 1803).

En conformidad con la Ley de 1803 del Congreso de EEUU que autorizaba la toma de posesión de Louisiana, el Presidente Jefferson nombró a Claiborne, *Colonial Governor and Intendant*. Éste en su primer acto oficial afirmó la aplicación del derecho hasta entonces vigente, concibiéndolo con carácter temporal. Claiborne, aunque preveía dificultades, estaba convencido de la introducción del *Common Law*. Y tal y como previó, hubo oposición. Ésta fue encabezada por Livingston, convencido de la superioridad del *Civil Law* sobre el *Common Law*.

Por Ley de 1804, el Congreso de Estados Unidos dividió en varios el territorio que se le había cedido, surgiendo el Territorio de Orleans. Esa Ley también estableció que dicho territorio sería gobernado por un *Governor* y un *Legislative Council* formado por trece miembros nombrados por el Presidente. Livingston, teniendo razones para creer que esos miembros serían favorables al *Common Law*, preparó un memorial en el que urgía al Congreso de EEUU a la concesión de la condición de Estado al Territorio de Orleans, con lo que éste se gobernaría por personas elegidas.

El Congreso no concedió inmediatamente la condición de Estado, pero, tras considerar el memorial de Livingston, disolvió el *Legislative Council* (al iniciarse el año 1805), estableció un *Legislature* compuesto de una *House of Representatives* y nombró un *legislative Council*. Ese *Legislature* se convocó en 1806 y decla-

ró que el Territorio de Orleans se gobernaba por el Derecho civil romano y español y por las ordenanzas y decretos previamente aplicados en Louisiana. Claiborne vetó esta Ley por entender que era el Congreso el competente para decidir si se aplicaba o no el *Civil Law*. Finalmente, y tras una serie de protestas, el *Legislature* aprobó, el 7 de junio de 1806, la preparación de un código civil para el Territorio. Se encargó esta tarea a Brown y Moreau-Lislet, a los que se indicó que la base de la codificación era el *Civil Law* vigente. Claiborne lo aceptó esta vez.

El 31 de marzo de 1808, el *Legislature* aprobó el texto presentado por Brown y Moreau-Lislet con el título *A Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans, with Alterations and Admendments Adapted to its Present Form of Government* (conocido como *Louisiana Civil Code of 1808*). Dadas sus cualidades, que lo alejaban de la anterior Ley de 1806, obtuvo la aprobación de Claiborne.

El CCL 1808 se publicó en francés e inglés, ambos textos con carácter oficial, y se estableció que en casos de oscuridad, ambigüedad u omisión los dos textos debían consultarse y servir mutuamente en la interpretación. En cuanto a las fuentes, éstas fueron los trabajos preparatorios del código civil francés, así como este mismo; también el derecho español. Otro rasgo destacable del CCL 1808 es que no derogó todas las leyes anteriores.

2.2 *Louisiana Civil Code of 1825*. El 24 de marzo de 1822, el *Legislature* encargó a Derbigny, Moreau-Lislet y Livingston la revisión del CCL 1808: debían incorporar las leyes en vigor y excluir las derogadas. El 22 de marzo de 1823 presentaron su proyecto al *Legislature*, y tras su discusión, éste lo aprobó el 12 de abril de 1824. El CCL entró en vigor el 20 de junio de 1825.

Para la realización de su proyecto, los redactores tuvieron en cuenta al CC francés, a la jurisprudencia y a la doctrina francesas (Domat, Pothier, Toullier), al Digesto de Justiniano, a las Siete Partidas, y al Febrero y otros materiales españoles. El CCL 1825 se caracteriza porque quiere romper con la situación anterior. Esto se plasma en su artículo 3521: «Las leyes españolas, romanas y francesas, que estaban en vigor en este Estado, cuando Louisiana fue cedida a los Estados Unidos, y las leyes del *Legislative Council*, del *Legislature* del Territorio de Orleans, y del *Legislature* del Estado de Louisiana, están y son derogadas en todo caso, para las cuales ha sido especialmente dado este código, y ellas no serán invocadas como derecho, incluso bajo la pretensión de que sus previsiones no son contrarias o no repugnan a las de este Código». Sin embargo, y consecuencia de que el *Louisiana Supreme Court* sostuvo la vigencia de ciertas normas del CCL 1808, el *Legislature* aprobó la *Great Repealing Act 1828* por la que derogó todo el derecho civil anterior al CCL 1825 (salvo el título décimo del CCL 1808). Ante esto, en 1839, el *Louisiana Supreme Court* reconoció que el *Legislature* podía derogar las normas que había promulgado, pero no podía hacer lo mismo con los principios que habían sido establecidos por decisiones de los tribunales de justicia, basados en el derecho anterior.

Por otra parte, y al igual que el del 1808, el CCL 1825 se publicó en francés e inglés y ambos textos con carácter oficial. Pero, a diferencia del de 1808, en el de 1825 no hay expresa previsión para solucionar las posibles divergencias entre ambos (la versión inglesa contenía errores, consecuencia de ser una rápida traducción de la francesa). Los tribunales, conscientes de que la versión original era la francesa y de la pobre calidad de la traducción inglesa, entendieron que el texto francés era al que había de acudirse.

2.3 *The Revised Civil Code of the State of Louisiana of 1870*. Diversas razones —cambios habidos fruto de la Guerra civil; una nueva constitución; la

creciente legislación civil existente fuera del código— justificaban la revisión del CCL 1825. Ésta la autorizó el *Louisiana Legislature* en 1868. John Ray fue encargado de esta tarea y en un año sometió un informe y una propuesta de texto al *Legislature*. En 1870, el *Legislature* aprobó *The Revised Civil Code of the State of Louisiana*.

El CCL 1870 es básicamente el CCL 1825: los cambios se limitan a eliminar previsiones concernientes a la esclavitud, incorporar modificaciones hechas desde 1825 e integrar leyes que trataban materias civiles y que no habían modificado oficialmente al CCL 1825. Esto supuso volver a numerar los artículos del código, pero la estructura y esencia del anterior CCL permanecieron en el nuevo de 1870.

A diferencia de los CCL de 1808 y 1825, el de 1870 sólo se publicó en inglés. Podría por ello pensarse que la vieja cuestión de cuál de las dos versiones (francesa, inglesa) era preferente, había desaparecido. Sin embargo, si se parte de la opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, de que el CCL 1870 es básicamente el de 1825, con las oportunas modificaciones (de hecho muchos preceptos permanecieron iguales), puede entenderse que la anterior propuesta de solución no es correcta, y que, en caso de conflicto, la versión que ejerce el control es la francesa. En 1938 el *Legislature* autoriza la publicación de una *Compiled Edition* de los CCL, en la que se incluyen los textos franceses de los CCL de 1808 y 1825. Las discrepancias entre las versiones francesas e inglesas, recogidas e incorporadas al CCL 1870, son indicadas cuidadosamente por el comité editorial y, en caso de duda sobre el contenido de una norma del CCL 1870, se acude a esta edición compilada.

3. En la presente edición del CCL de la *West Publishing Co.*, además del texto del CCL, hay tres apéndices. Sus contenidos son éstos. El primero recoge el amplio título 9 de las *Revised Statutes: Civil Code Ancillaries*. Este título 9 contiene las normas de derecho civil promulgadas por el *Legislature* que no tienen una específica referencia en el CCL. Se divide en un título preliminar (sin contenido por ahora) y cuatro libros (*Code Book*): *Of Persons* (I), *Things and the different Modifications of Ownership* (II), *Of the different Modes of Acquiring the Ownership of Things* (III), *Conflict of Laws* (IV) (también éste sin contenido por ahora). Tiene pues la misma estructura del CCL (cfr. *supra*). El segundo apéndice también sigue la estructura del CCL (de libros, títulos, capítulos) e incluye las modificaciones legislativas que el CCL ha sufrido desde 1976, así como de su entrada en vigor. Este apéndice es de gran utilidad porque en algunos casos la nueva legislación carece de efectos retroactivos y aquí se puede localizar rápidamente la legislación anterior. Y el tercer apéndice es una lista de términos jurídicos, ordenados alfabéticamente, que contienen remisiones a artículos del CCL y comentarios de éste en los que hay una definición o un particular significado de aquéllos (*typical «definition form» as well as*).

Tras esos apéndices hay unas tablas con los artículos del CCL, que nos facilitan rastrear los cambios legislativos que éstos han sufrido (derogación, modificación, de nueva creación; cuál es la ley de reforma, etc.). Es de interés la tabla quinta, en la cual se muestra la correspondencia de una serie de artículos del CCL revisados entre 1976 y 1996, con los del CCL de 1870, CCL de 1825, Proyecto de CCL de 1825, CCL de 1808 y CC francés de 1804. Después de estas tablas hay un índice de voces del CCL (la terminología empleada es *Civil Law* y *Common Law*).

En cuanto al texto del CCL, en los artículos reformados se informa al lector de la ley que lo hizo y se incluyen los comentarios oficiales que acompañaron a

tales reformas (éstos carecen de fuerza de ley); hay también en los artículos remisiones o concordancias con otros del CCL o del título 9 (*Civil Code-Ancillaries*); y en ocasiones hay una nota de Yiannopoulos. A fin de facilitar el manejo del código, se incluye en la parte superior del libro un encabezamiento con la materia que se trata en la hoja correspondiente, pero, estos *catch headings* no forman parte del texto legal, con algunas excepciones.

Nieves FENOY PICÓN

Revistas Extranjeras

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

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de Sucesiones. 8. Varias.—II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal. Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ALPA, G.: «Modificazioni del codice civile e nuove leggi speciali», *RTDPC*, 1997, núm. 4, pp. 789-821.

Reflexión acerca de la relación y coordinación del Código civil y las leyes especiales, aludiendo a las nuevas técnicas para reformar la normativa del Código y redactar las nuevas leyes. Síntesis de los procedimientos más relevantes. (*R.D.R.*)

ATÍAS: «Le droit de nuire», *RDS*, 1997, núm. 43, pp. 385-386.

Estudia, desde el concepto de derecho subjetivo, la prohibición de circulación de vehículos, durante determinados días, para conseguir una disminución de polución atmosférica. (*I.S.P.*)

BEATER, A.: «Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB», *AcP*, 1997, pp. 505-528.

El § 134 BGB dispone la nulidad del negocio jurídico que vaya contra una prohibición legal, salvo que otra cosa se deduzca de la ley. El autor estudia el alcance de la expresión «ley» en este precepto y delimita el ámbito de aplicación del precepto en relación con el § 138 que dispone la nulidad del negocio que atenta contra las buenas costumbres. (*I.G.P.*)

BORSERINI, N.: «Il limite dell'ordine pubblico nella delibazione delle pronunce rabbiniche di divorzio», *RTDPC*, 1997, núm. 3, pp. 735-747.

Notas sobre el límite del orden público en el reconocimiento de resoluciones religiosas sobre el matrimonio hebreo. (*R.D.R.*)

BOUTARD-LABARDE: «Chronique d'actualité: Droit communautaire», *SJ*, 1997, núm. 23, I-4027, pp. 252-256.

Análisis del Derecho comunitario a través de diversas decisiones emitidas por el Tribunal Europeo a lo largo de los primeros meses de 1997. (*I.S.P.*)

DE LORENZI, V.: «La rappresentanza diretta volontaria. Problemi e soluzioni alla luce dell'analisi economica del diritto», *CI*, 1997, núm. 2, pp. 595-669.

Mandato con y sin representación. Caracteres y problemas económicos de la representación directa voluntaria. Las reglas de comportamiento y de responsabilidad de la corrección y de la diligencia precontractuales. El interés del representado. El contrato del falso procurador. Eficiencia de las normas sobre representación. (*A.R.G.*)

FONTBRESSIN: «Au-delà des approches institutionnelles. Le juge européen, un philosophe de l'action», *SJ*, 1997, núm. 39, I-4049, pp. 394-397.

El Tribunal de Justicia Europeo y su labor en torno a los derechos del hombre. (*I.S.P.*)

LIBCHABER/MOLFESSIS: «Sources du droit en droit interne», *RTDC*, 1997, núm. 3, pp. 778-798.

Los autores analizan la renovación del Derecho interno a través de las nuevas normas, así como mediante la interpretación del Consejo constitucional. (*R.A.R.*)

MARGUÉNAUD: «Sources européennes», *RTDC*, 1997, núm. 2, pp. 540-553. Comentario a diversas sentencias de la Corte de Estrasburgo. (*R.A.R.*)

MENGGONI, L.: «Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri», *RTDPC*, 1997, núm. 3, pp. 523-532.

Reflexión sobre las dos concepciones, monista y pluralista, acerca de la relación entre las fuentes del Derecho comunitario y las fuentes internas de los Estados miembros. Relevancia de las directivas comunitarias y su régimen transitorio. (*R.D.R.*)

WESTERMANN, H. P.: «Der Fortschrittsgedanke im Privatrecht», *NJW*, 1997, pp. 1-9.

El progreso en el pensamiento en Derecho privado. (*M.P.G.R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

AA. VV.: «Droit de la santé», *GP*, 1997, núm. 297-298.

Número especial monográfico sobre el Derecho a la salud bajo la dirección de Guigue y Bonneau: responsabilidad civil médica, bioética y derecho a la farmacia. (*I.S.P.*)

BÄRWALDT/SCHABACKER: «Ein Dauerbrenner: Die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft mit dem Vermögen ihres Alleingeschafters», *NJW*, 1997, pp. 93-98.

Un quemador duradero: la confusión de una sociedad de capital con el patrimonio del socio único. (*M.P.G.R.*)

BYK: «Chronique d'actualité: Bioéthique (Legislation, jurisprudence et avis des instances d'éthique)», *SJ*, 1997, núm. 27, I-4035, pp. 307-316.

Los problemas que, ante el Derecho, presentan los nuevos avances científico-médicos. El autor lo plantea mediante diversos temas: acto médico, bioética, biotecnología, contrato médico, biomedicina, deontología médica, embrión, transexualismo, esterilización, Sida, etc. (*I.S.P.*)

BYK: «Trasplantation d'organes et droit: une greffe réussie? Experience française, contexte européen», *SJ*, 1997, núm. 23, I-4026, pp. 245-251.

El autor se plantea la concordancia existente entre el desarrollo técnico-sanitario en materia de trasplantes y las reglas jurídicas que regulan la salud pública en Francia. Para ello, estudia las normas internas e internacionales existentes sobre el tema, los principios jurídicos que presiden tal regulación para terminar exponiendo la protección ética y sanitaria que reciben los donantes y los receptores. (*I.S.P.*)

CATTANEO, G.: «Il cognome della moglie e dei figli», *RDC*, 1997, núm. 5, parte prima, pp. 691-703.

Consideraciones de carácter general acerca del principio de igualdad y la disciplina vigente en Italia sobre el apellido de la mujer casada y los hijos, en comparación con el Derecho alemán, francés y español. (*R.D.R.*)

COSTANZO, P.: «Il "danno biologico da morte" tra diritto all'integrità psico-fisica e diritto alla vita - nota a Cass. 25 febbraio 1997 n. 1704», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2845-2861. (*R.D.R.*)

CRIPPA, L.: «Il diritto all'oblio: alla ricerca di un'autonoma definizione - nota a Trib. Roma (ord.), 27 novembre, 20 novembre e 8 novembre 1996», *GC*, 1997, núm. 7-8, pp. 1990-1997. (*R.D.R.*)

DERIEUX: «Référé et liberté d'expression», *SJ*, 1997, núm. 41, I-4053, pp. 413-416.

Los límites a la libertad de expresión y la necesidad de un control previo. (*R.A.R.*)

EBENE, C.: «Edad del padre adoptivo», *NLCC*, 1997, núm. 3, pp. 640-646.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 24 de julio de 1996, núm. 303, en la que se declara inconstitucional el artículo 6.2. de la ley 4 de mayo de 1983, núm. 184, en relación al requisito de edad del adoptante. (*R.D.R.*)

— «Riconoscimento del figlio naturale e conservazione del cognome originariamente attribuito», *NLCC*, 1997, núm. 3, pp. 636-639.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 23 de julio de 1996, núm. 297, en la que se declara inconstitucional el artículo 262 CC, en la parte que no prevé que el hijo natural pueda mantener su apellido originario, aunque asuma el del progenitor que posteriormente le reconozca. (*R.D.R.*)

EDELMAN: «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», *RDS*, 1997, núm. 23, pp. 185-188.

La dignidad y los derechos del hombre desde una perspectiva filosófica. (*I.S.P.*)

EVAIN: «Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme. (A propos de l'arrêt CEDH, 22 avr. 1997, aff. X, Y, Z c/ Royaume-Uni)», *SJ*, 1997, núm. 51, I-4071, pp. 523-528.

Análisis de la sentencia citada en la que se reconoce la existencia de lazos familiares de hecho entre un transexual (mujer que se convierte en hombre) su pareja y el hijo de ésta concebido por inseminación artificial. (R.A.R.)

FRISON-ROCHE: «Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice», *SJ*, 1997, núm. 40, I-4051, pp. 407-410.

El acceso a la justicia como un derecho fundamental de la persona. Su visión en el modelo anglosajón y en el modelo francés. (I.S.P.)

FULCHIRON: «A propos de la "manifestation de volonté" de devenir Français», *SJ*, 1997, núm. 36, I-4042, pp. 353-357.

Los problemas suscitados tras la reforma de 1993 en el ámbito de adquisición de la nacionalidad francesa al derogarse el sistema de adquisición automática. La lucha por reponer la adquisición automática de la nacionalidad francesa a los nacidos en Francia. (I.S.P.)

GEIS, I.: «Internet und Datenschutzrecht», *NJW*, 1997, pp. 288-293.

Internet y Derecho de protección de datos.

Internet es sinónimo de internacionalización del intercambio de información digital. El artículo muestra los límites de la protección de datos que se manifiestan a través del concepto de ley alemana de protección de datos y del concepto de la Directiva para la protección de datos personales. El resultado es que sólo le satisfagan los conceptos jurídicos en el caso de las comunicaciones internacionales y por ello el futuro de la protección de los datos reside en los convenios internacionales. (M.P.G.R.)

GIACALONE, G.: «Banca e curatore del fallimento: ovvero il bastone e la carota - nota a Cass. 22 maggio 1997 n. 4598», *GC*, 1997, núm. 7-8, pp. 1782-1785. (R.D.R.)

HAUSER: «Personnes et droits de la famille», *RTDC*, 1997, núm. 2, pp. 393-415. Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (R.A.R.)

— «Personnes et droits de la famille», *RTDC*, 1997, núm. 3, pp. 631-650.

Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia: estado civil, derechos de la personalidad, incapacitación, divorcio. (R.A.R.)

— «Personnes et droits de la famille», *RTDC*, 1997, núm. 4, pp. 905-920.

Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia: estado civil, derechos de la personalidad, incapacitación, uniones de hecho, separación y divorcio. (I.S.P.)

HEHMANN, H.: «Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts», *JuS*, 1997, pp. 193-203.

Sobre la estructura de un derecho general de la personalidad.

El autor busca en este artículo establecer los principios fundamentales que él mismo, en un comentario anterior sobre el derecho general de la personali-

dad (*Erman Kommentar*, 1993) ha utilizado, mediante la ordenación de los materiales jurisprudenciales, que en su opinión son idóneos para concretar la generalidad del ámbito de los derechos de la personalidad con un pequeño número de reconocidas disposiciones jurídicas generales y de conceptos en cinco ámbitos de protección diferentes, y de este modo dirigir la investigación jurídica en los casos particulares. (*M.P.G.R.*)

LO VETRO, C.: «Atti di disposizione *post mortem* del corpo a fini non circolatori (Osservazioni intorno all'art. 79 DPR 10 settembre 1990 n. 258)», *DFP*, 1997, núm. 3, parte segunda, pp. 1177-1208.

Artículo dedicado a los límites de la libertad de disponer del propio cuerpo en su aspecto activo y pasivo. (*A.R.G.*)

MALLET-POUJOL: «Appropriation de l'information: l'éternelle chimère», *RDS*, 1997, núm. 38, pp. 330-336.

Sobre el derecho a la información y la apropiación de las noticias: derecho a la información y dominio público. La información y el derecho a la intimidad. (*I.S.P.*)

MASSIS: «Le secret du président et le juge des référés», *RDS*, 1997, núm. 34, pp. 291-296.

A propósito de la sentencia que ordenó la retirada del libro sobre la enfermedad del Presidente Mitterrand, estudia la acción de los herederos, el conflicto entre el derecho a la información y la vida privada y entre aquél y el secreto médico, así como la prescripción de este tipo de acciones. (*I.S.P.*)

MORELLI, S.: «Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del c.d. *diritto all'oblio*)», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 515-524.

Revisión de los derechos de la personalidad, tras la aparición del derecho al anonimato después de un período de notoriedad. (*R.D.R.*)

RESTA, G.: «Il c.d. diritto all'utilizzazione economica dell'immagine tra autonomia negoziale e diritto della concorrenza», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte prima, pp. 713-732.

Comentario a *Autorità Garante della Concorrenza e del mercato* de 31 de octubre de 1996 sobre la validez del acuerdo entre dos sociedades relativo a la cesión del derecho de fabricar y comercializar un álbum de figuras autoadhesivas de jugadores de fútbol. (*A.R.G.*)

SAVINI, A.: «Diritto all'oblio e diritto alla storia», *Dir. Aut.*, 1997, núm. 3, pp. 381-385.

Conflicto entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad en relación con los debates televisivos sobre procesos penales famosos. (*A.R.G.*)

SPIROS SIMITIS, H. C.: «Die EU –Datenschutzrichtlinie– Stillstand oder Anreiz?», *NJW*, 1997, pp. 281-288.

La Directiva comunitaria de protección de datos. ¿Cesación o estímulo? Con la Directiva comunitaria de protección de datos de carácter personal se inicia un nuevo capítulo en la historia de la protección de datos. Las medidas

nacionales son suplantadas por reglas supranacionales. Las consecuencias no llegan, al menos en un primer vistazo, excesivamente lejos. La conclusión es que la Directiva no establece nuevas reglas, sino más bien un artificioso compromiso de principios ya consolidados. (M.P.G.R.)

TAUPITZ, J.: «Um Leben und Tod: Die Diskussion um ein Transplantationsgesetz», *JuS*, 1997, pp. 203-208.

Sobre la vida y la muerte: la discusión sobre la Ley de trasplantes.

En oposición a la mayoría de los Estados europeos, en Alemania no están expresamente regulados los presupuestos jurídicos para el trasplante de órganos. Este trabajo da una panorámica sobre la permanente discusión sobre una ley de trasplantes de órganos. (M.P.G.R.)

TERRASSON DE FOUGERES: «La résurrection de la mort civile», *RTDC*, 1997, núm. 4, pp. 893-904.

Análisis de la muerte civil, que fue derogada por la ley de 31 de mayo de 1854 como causa de disolución del matrimonio, mediante los nuevos progresos científicos existentes en la actualidad: estado jurídico del embrión, personas en estado vegetativo, etc. (I.S.P.)

TEYSSIE: «Droit des personnes», *SJ*, 1997, núm. 40, I-4052, pp. 410-412.

La posición de la jurisprudencia francesa en torno a distintos aspectos del tema: derecho al nombre y su cambio, el secreto profesional médico y el nombre; la tutela; internamiento de incapaz. (I.S.P.)

WERNER, M.: «Elektronische Datenverarbeitung bei Zivilgerichten», *NJW*, 1997, pp. 293-297.

El empleo de datos electrónicos por los tribunales civiles. (M.P.G.R.)

ZANELLI, P.: «La legge n. 675 del'96: una strategia integrata di protezione per la privacy», *CI*, 1997, núm. 2, pp. 689-709.

Artículo relativo a la defensa de los derechos de la personalidad respecto a la circulación de los datos personales. (A.R.G.)

PERSONA JURÍDICA

DRAPIER: «Entre personnes privées et mission d'intérêt général: la *Fondation du patrimoine*, une institution à l'équilibre incertain», *RDS*, 1997, núm. 26, pp. 212-218.

Misión, función y estructura de la fundación patrimonial. Los medios empleados por las fundaciones y su diferenciación en: aparentemente extrajurídicos, jurídicos y financiero-fiscales. (I.S.P.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AA. VV.: «La naissance de l'obligation de sécurité», *GP*, 1997, núms. 264-266, pp. 2-45.

Número especial sobre la obligación de garantía en el Derecho francés. Su nacimiento; diversidad de la obligación en los contratos especiales; su obligación en el derecho al consumo; fundamento y régimen jurídico. (R.A.R.)

AA. VV.: «Droit des obligations», *SJ*, 1997, núm. 42, I-4056, pp. 431-434.

Notas a la jurisprudencia más reciente en materia de obligaciones y contratos, bajo la dirección del profesor Ghestin. (R.A.R.)

— «Droit des obligations», *SJ*, 1997, núm. 30, I-4039, pp. 336-340.

Análisis de diversos aspectos del Derecho de obligaciones y contratos desde el punto de vista de varias decisiones jurisprudenciales: los principios de autonomía de la voluntad y de libertad contractual; efectos de los contratos y compensación de las obligaciones. (R.A.R.)

AL MUREDEN, E.: «Stipulazione del contratto preliminare e diritto del mediatore alla provvigione», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte primera, pp. 795-803.

Comentario a Pret. de Bolonia 9 de abril de 1996 sobre el derecho de las agencias inmobiliarias intermediarias a la obtención de una retribución en la conclusión de un contrato preliminar. (A.R.G.)

ANNUNZIATA, M.: «Vendita di suolo considerato edificatorio in uno strumento urbanistico adottato ma non approvato, ed errore sulla qualità dell'oggetto-osservazione a Cass., sez. un., 1 luglio 1997 n. 5900», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2430-2431. (R.D.R.)

ANTONINI, A.: «Prestazione di servizi turistici e diritti del cliente danneggiato», *RDC*, 1997, núm. 4, parte seconda, pp. 391-411.

Análisis del derecho de daños y de la responsabilidad civil en el supuesto del contrato de viaje turístico, a tenor de la Convención de Bruselas del 23 de abril de 1970 y la Directiva CEE de 13 de junio de 1990, núm. 90/314.

El estudio se centra en la naturaleza jurídica de la obligación resarcitoria y las relaciones entre el turista-consumidor y las diferentes personas intermediarias y organizadoras del servicio turístico.

Especial referencia a las relaciones entre codeudores, el derecho de regreso y la prescripción de las acciones. (R.D.R.)

ARLIE: «La résolution du contrat de rente viagère», *RTDC*, 1997, núm. 4, pp. 855-892.

Análisis del valor residual que la propia jurisprudencia francesa otorga al artículo 1978 del *Code civil*, puesto que la Corte de Casación permite la resolución de la venta cuando el precio pactado (parte en capital y parte en renta) no se abona totalmente, al dejar de pagar el capital. La reparación por el perjuicio sufrido en caso de resolución. Protección de las partes del contrato según su comportamiento. (I.S.P.)

BARBIER: «La révision triennale du loyer du bail commercial à la baisse», *GP*, 1997, núms. 253-254, pp. 7-12.

La revisión del valor del arrendamiento visto a través de la jurisprudencia. (R.A.R.)

BARELA, M.: «Sull'azione inibitoria in via d'urgenza ex art. 1469-sexies c.c. - nota a Trib. Torino (ord.) 4 ottobre 1996, 16 agosto 1996 e 14 agosto 1996», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2306-2314. (R.D.R.)

BASSANI, V./MINCKE, W.: «Europa sine causa?», *ZEuP*, 1997, pp. 599-614.

En el llamado caso *Marleasing* de 13 de noviembre de 1990, se planteó un asunto sobre aplicabilidad inmediata de una Directiva sobre sociedades, que todavía no se había incorporado al Derecho interno español. Mas lo que resaltan los autores es el nulo tratamiento que en dicha decisión se otorga a la causa de nulidad invocada ante el juez español: la nulidad del contrato por falta de causa. Los autores analizan la noción de causa de varios países europeos, y algunas de las funciones que cumple. (*I.G.P.*)

BASEDOW, J.: «Internationales *Factoring* zwischen Kollisionsrecht und Unidroit-Konvention», *ZEuP*, 1997, pp. 615-642.

Estudio sobre la Convención UNIDROIT de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre el *factoring* internacional y su comparación con la regulación de la cesión de créditos en Derecho alemán. (*I.G.P.*)

BELOT: «Franchise et droit au renouvellement du bail», *GP*, 1997, núms. 152-153, pp. 3-15.

Comentario a propósito de la sentencia de la Corte de Apelación de París (sala 16.A) de 6 de febrero de 1996. (*I.S.P.*)

BIANCA, C.; BIBLIAZZI, L.; BUSNELLI, F., y otros: «Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore», *NLCC*, 1997, núms. 4-5, pp. 751-1293.

Extenso comentario de los artículos 1469 bis a 1469.6, sobre contratos con consumidores, en el que, desde la ley 6 de febrero de 1996, núm. 52, que incorpora la Directiva comunitaria y problemas de derecho transitorio, se ofrece un amplio análisis de diferentes cuestiones que la materia plantea: definición de consumidor y profesional, forma e interpretación contractual, cláusulas abusivas y vejatorias, cláusulas de limitación y exclusión de responsabilidad y cláusulas penales, arras, excepción de compensación, prórroga tácita y renovación, modificación, rescisión, desistimiento unilateral del contrato, otras causas de ineficacia, determinación de los precios, riesgos asegurados y conexión con diferentes tipos contractuales. (*R.D.R.*)

BINOCHE: «Le refus de renouvellement sans indemnité d'éviction», *GP*, 1997, núms. 253-254, pp. 3-6.

La negativa a renovar el contrato. Análisis del artículo 9 en el que se recoge su posibilidad por un motivo grave y legítimo. Estudio de la noción de motivo grave y legítimo, condiciones y legitimidad. (*R.A.R.*)

BITTER, G.: «Zum Widerruf der Anweisung im Kreditkartenverfahren», *BB*, 1997, pp. 480-486.

Sobre la revocación de la orden de pago en el pago con tarjetas de crédito. El autor analiza la problemática, cada vez más usual, del complejo de relaciones jurídicas existentes entre el tenedor de una tarjeta de crédito, la organización emisora de la misma y los terceros contratantes con el particular. Se analiza cómo se reparte el riesgo en los procesos que tales relaciones pueden deparar. (*M.P.G.R.*)

BLANC: «A propos de la responsabilité des grands-parents... (breve contribution à la réflexion sur la responsabilité du fait d'autrui)», *RDS*, 1997, núm. 38, pp. 327-329.

Comenta la nueva posición de la jurisprudencia, que considera discutible, y los fundamentos de una evolución necesaria. (*I.S.P.*)

BOSQUE: «La loi Carrez et les ventes réalisées à la barre du Tribunal: Applicabilité et aspects pratiques», *GP*, 1997, núms. 313-17, pp. 2-4.

Análisis sobre la aplicación de la Ley de 18 de diciembre de 1996 aplicable a toda promesa unilateral de compra o venta de una cuota de un bien en común. Necesidad de mencionar la superficie de la parte privativa que se modifica bajo pena de nulidad. (*I.S.P.*)

BOTTI, A.: «Alcune osservazioni sull'ambito di applicabilità del limite di responsabilità del vettore stradale di cose», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte prima, pp. 839-844.

Comentario a Cass. de 29 de noviembre de 1996 núm. 10647 sobre responsabilidad civil por la pérdida o avería de las cosas en el contrato de transporte. (*A.R.G.*)

BOUBLI: «Sur quelques difficultés de convergence entre l'assurance et la responsabilité dans la construction», *RTDImm.*, 1997, núm. 3, pp. 371-376.

Análisis del problema atendiendo a la evolución sufrida por la jurisprudencia francesa en materia de garantía de la construcción. (*R.A.R.*)

BOUHENIC/PRIOU-GADALA: «Technique des ventes judiciaires d'immeubles adaptée aux procédures collectives», *GP*, 1997, núms. 320-322, pp. 10-23.

Notas sobre la práctica de las ventas judiciales de bienes inmuebles en los procedimientos concursales. Derogación de los principios tradicionales del embargo inmobiliario y aparición de nuevos principios. (*I.S.P.*)

BRAULT: «Le nouveau projet de loi sur les baux professionnels et l'avenir de l'extension conventionnelle du statut des baux commerciaux», *GP*, 1997, núms. 344-345, pp. 3-10.

Análisis del proyecto de ley sobre estos arrendamientos derogando el actual artículo 57 A de la ley de 23 de diciembre de 1986: campo de aplicación y derechos de las partes. (*R.A.R.*)

BROUILLARUD: «Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire», *RDS*, 1997, núm. 28, pp. 234-238.

Contraposición entre el papel del juez en derecho y el juez como amigable componedor, los poderes del juez y el objeto del litigio. La fuerza ejecutiva de la decisión, la gratuidad de la justicia y la competencia de los magistrados. La reforma del arbitraje judicial. (*I.S.P.*)

CAHN, A.: «Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht», *JZ*, 1997, pp. 8-19.

Sobre el concepto de nulidad en Derecho civil.

La comprensión habitual de la nulidad se ocupa principalmente del supuesto de hecho negocial que la origina y es mucho más limitado desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas. El autor del presente artículo desarrolla, por el

contrario, un concepto según el cual la acción de nulidad no se agota en la abrogación de las consecuencias jurídicas anormales, según se comprueba a través de la interpretación de los preceptos fundamentadores de la nulidad. (M.P.G.R.)

CECCARELLI, R.: «Il contratto vitalizio assistenziale: un caso di atipicità - nota a Cass. 9 ottobre 1996 n. 8825», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2233-2239. (R.D.R.)

CEROLINI, P.: «Sulla permanenza dell'incremento del canone di locazione per le opere straordinarie - nota a Cass. 9 agosto 1996 n. 7329», *GC*, 1997, núms. 7-8, pp. 1915-1918. (R.D.R.)

CHARDIN: «Contrat de commande d'oeuvre audiovisuelle», *RDS*, 1997, núm. 25, pp. 202-206.

Estudio de las características más destacadas del contrato y sus condiciones de formación. Las obligaciones del autor y del comanditario. (I.S.P.)

CHAZAL: «Le consommateur existe-t-il?», *RDS*, 1997, núm. 31, pp. 260-266.

Dificultad de definir el concepto de consumidor y diferentes criterios para hacerlo. No obstante la definición es posible. (I.S.P.)

CHETIVAUX: «De nouvelles clauses-types en assurance de dommages», *RTDImm.*, 1997, núm. 3, pp. 365-369.

Modificación del Código de seguro por la decisión de 30 de mayo de 1997. Análisis sobre sus novedades. (R.A.R.)

CHEVALIER: «L'incidence de l'expertise judiciaire dans la mise en jeu des garanties légales des art. 1792 et suivants du code civil», *GP*, 1997, núms. 162-163, pp. 2-5.

Aspectos procesales y la incidencia sobre la aplicación de responsabilidad a los constructores de inmuebles. (R.A.R.)

— «L'incidence de l'expertise judiciaire dans la mise en jeu des garanties légales des art. 1792 et suivants du Code civil», *GP*, 1997, núms. 290-291, pp. 5-8.

Incidencia del perito en torno a la definición de los trabajos de construcción; cualificación de los fallos; recepción de trabajos; y puesta en juego de la responsabilidad del vendedor de inmuebles. (R.A.R.)

CIAN, G.: «Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare», *RDC*, 1997, núm. 4, parte seconda, pp. 377-389.

Comentario de algunas cuestiones derivadas de la publicidad del contrato preliminar, introducida por el dl. 31 de diciembre de 1996, núm. 669: relación con la *Vormerkung* del Derecho alemán, efectos registrales, procedimiento ejecutivo individual y concursal, construcción de edificios y el privilegio del artículo 2775 *bis*. (R.D.R.)

COLLART-DUTILLEUL/DERRUPPÉ: «Loyers civils et commerciaux», *RTDImm.*, 1997, núm. 3, pp. 494-502.

Doctrina y jurisprudencia de los tribunales franceses en materia de arrendamientos: cláusulas contractuales, régimen del contrato, prórroga. (R.A.R.)

COSTANZA, M.: «Rifiuto legittimo della prestazione da parte del creditore e gravità dell'inadempimento - nota a Cass., sez.un., 6 giugno 1997 n. 5086», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2767-2768. (*R.D.R.*)

COSTANZO, P.: «Il danno biologico da morte tra diritto all'integrità psico-fisica e diritto alla vita - nota a Cass. 25 febbraio 1997 n. 1704», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2845-2861. (*R.D.R.*)

CUBEDDU, M. G.: «Divieto di domanda di adempimento e interesse del creditore», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte primera, pp. 744-753.

Comentario a Cass. de 11 de mayo de 1996 en relación a los límites de la demanda de resolución por incumplimiento. (*A.R.G.*)

DALMOTTO, E.: «Il responso delle sezioni unite sul momento perfezionativo della notificazione a mezzo posta all'assente», *NGCC*, 1997, parte primera, pp. 807-809.

Comentario a Cass., sez. un., de 5 de marzo de 1996, núm. 1729, sobre notificación por medio de correo cuando el destinatario está ausente. (*A.R.G.*)

DELL'UTRI, M.: «Patto di opzione, risoluzione del contratto e responsabilità pre-contrattuale», *RDC*, 1997, núm. 5, parte prima, pp. 729-769.

Estudio doctrinal y jurisprudencial de la resolución de la opción por excesiva onerosidad sobrevenida.

Se proponen diferentes reconstrucciones de la naturaleza jurídica del pacto de opción en relación con la propuesta irrevocable, analizando numerosas cuestiones al respecto: efectos de la resolución para las partes, riesgo contractual, abuso de derecho, responsabilidad, impugnación del contrato, rescisión por lesión, cláusulas abusivas, etc. (*R.D.R.*)

DEKERS, S.: «Sind Kosten der Rückabwicklung des Kaufvertrages Vertragskosten i.S. von § 467 S.2 BGB?», *NJW*, 1997, pp. 158-160.

El autor del artículo trata de demostrar que, frente a lo que se dice por parte de un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia, los gastos que se le ocasionan al comprador en caso de ejercicio de la acción redhibitoria en el contrato de compraventa, no deben ser considerados gastos del contrato a los efectos del § 467.2 del BGB. (*M.P.G.R.*)

DEMEESTER-MORANÇAIS: «Assurance et environnement», *GP*, 1997, núms. 332-333, pp. 6-11.

Los seguros de responsabilidad civil por daños al medio ambiente causados por contaminación. (*R.A.R.*)

DI GARBO, G.: «Clausola arbitrale e surrogazione dell'assicuratore: un discutibile caso di improponibilità dell'azione ordinaria - nota a Trib. Reggio Emilia 4 maggio 1996 (ord.)», *GC*, 1997, núms. 7-8, pp. 2016-2021. (*R.D.R.*)

DREHER, M.: «Der Verbraucher- Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?», *JZ*, 1997, pp. 167-178.

El consumidor, ¿el fantasma en la ópera del Derecho privado alemán?

El artículo investiga el concepto de consumidor y su papel en el Derecho europeo y alemán. El artículo se dirige contra la extendida pretensión de

construir una amplia protección del consumidor y pone de manifiesto la erosión del Derecho privado a través del Derecho de consumo. (M.P.G.R.)

DUTOUR: «L'Euro et la continuité des contrats», *SJ*, 1997, núm. 39, I-4048, pp. 391-393.

La incidencia de la introducción del euro como moneda única europea en el Derecho de los contratos ha llevado en Francia a la aparición del reglamento núm. 1103 de 17 de junio de 1997. Este reglamento si bien impide la modificación de los términos de los contratos existentes por efecto de la introducción del euro, y atiende a la existencia de contratos entre miembros de la Unión Europea celebrados en moneda nacional y en ecus, tiene como mayor riesgo los casos de contratos celebrados entre un país comunitario con otro no comunitario cuando se pacta en ecus o en moneda nacional del país comunitario. (R.A.R.)

ERNST, W.: «Die Zurückweisung der Ware», *NJW*, 1997, pp. 896-905.

El rechazo de la mercancía ocupa un lugar central en la ejecución del contrato de compraventa. Es un tema que plantea numerosas cuestiones jurídicas, algunas de las cuales están resueltas en materia de compraventa internacional, pero no en el Derecho alemán de obligaciones. (M.P.G.R.)

FERRARI, F.: «Principi generali inseriti nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme: l'esempio della vendita, del *factoring* e del *leasing* internazionali», *RTDPC*, 1997, núm. 3, pp. 651-677.

Principios normativos generales y lagunas a cubrir, tras la Convención de Viena, sobre venta internacional de bienes muebles, y la Convención de Ottawa de 1988, sobre el *factoring* y el *leasing* internacional. (R.D.R.)

FLESSNER, A.: «Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung», *ZEuP*, 1997, pp. 254-320.

El autor parte de la concepción del incumplimiento como expresión que abarca todos los supuestos en que la prestación debida no se realiza o no se realiza exactamente de la manera prevista: puede faltar totalmente, retrasarse, ser incompleta cuantitativamente o defectuosa; en general, de cualquier manera contraviene el tenor del contrato. En el ámbito internacional se tiende a considerar que el mejor modo de organizar las consecuencias del incumplimiento es teniendo en cuenta el interés del acreedor. Su estudio se centra en el derecho del acreedor a liberarse del vínculo ante el incumplimiento del deudor (resolución). (I.G.P.)

FLUME, W.: «Die Haftung für Fehler kraft Wissenszurechnung bie Kauf und Werkvertrag», *AcP*, 1997, pp. 441-455.

La responsabilidad por vicios se plantea de manera distinta en compraventa y en contrato de obra. En particular, la mala fe del vendedor en caso de vicios ocultos determina la responsabilidad por los daños y perjuicios (§ 463.2 BGB), la nulidad del acuerdo de exclusión del saneamiento (§ 476 BGB) y la aplicación del plazo general de prescripción de treinta años. Mientras que en contrato de obra se responde en general por negligencia y la presencia de dolo afecta al plazo de prescripción. El autor estudia las diferencias entre uno y otro supuesto y la responsabilidad basada en la imputación de conocimiento al deudor. (I.G.P.)

FORMIGGINI, A.: «L'evoluzione della giurisprudenza sulla indennità di avviamento», *RTDPC*, 1997, núm. 3, pp. 767-782.

Análisis jurisprudencial del fundamento e interpretación restrictiva de la prelación legal en esta materia. (R.D.R.)

FRANZESE, L.: «Contratto negozio e *lex mercatoria* tra autonomia ed eteronomía», *RDC*, 1997, núm. 5, parte prima, pp. 771-800.

Reflexión sobre la concepción moderna del contrato, basada en el dogma de la voluntad y los principios de la libertad, autonomía y atipicidad contractual, y la nueva *lex mercatoria* de Derecho internacional. (R.D.R.)

GABRIELLI, E.: «Il contratto e le sue classificazioni», *RDC*, 1997, núm. 5, parte prima, pp. 705-728.

Estudio crítico de la clasificación tradicional de los contratos, por su inadecuación al actual panorama y evolución del sistema y operaciones económicas. (R.D.R.)

GABRIELLI, G.: «La pubblicità immobiliare del contratto preliminare», *RDC*, 1997, núm. 4, parte prima, pp. 529-563.

Análisis del contrato preliminar y los efectos de su publicidad documental y registral: la anotación e inscripción en el Registro, y los privilegios para el cobro de créditos restitutorios y resarcitorios en caso de inejecución. Cuestiones particulares relacionadas con la construcción de edificios. (R.D.R.)

— «La prelazione dell' *esercente non proprietario* di sala cinematografica», *CI*, 1997, núm. 2, pp. 439-449.

Artículo sobre el derecho de adquisición preferente del arrendatario de una sala cinematográfica. (A.R.G.)

GALGANO, F.: «Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte», *CI*, 1997, núm. 2, pp. 417-423.

Desequilibrio en los contratos con los consumidores en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de diciembre de 1993. Violación de la buena fe y validez del acto. (A.R.G.)

GANDOLFI, G.: «Sulla sorte del contratto con effetti reali (nella prospettiva di una codificazione europea)», *RTDPC*, 1997, núm. 4, pp. 1015-1025.

Notas acerca del proyecto de *Código europeo de los contratos*, con particular referencia al artículo 46 concerniente a los efectos reales del contrato. (R.D.R.)

GATT, L.: «Notizie sull'incontro di studio in memoria di Antonio Matteucci sulla solidarietà nei rapporti obbligatori», *RDC*, 1997, núm. 4, parte seconda, pp. 493-494.

Información acerca de las aportaciones realizadas sobre diferentes cuestiones, relaciones y supuestos de la responsabilidad solidaria. (R.D.R.)

GIACALONE, G.: «Sulla responsabilità dei genitori *ex art. 2048 c.c.* - osservazione a Cass. 11 agosto 1997 n. 7459», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2391-2393. (R.D.R.)

GIORDANO, F.: «Sul danno nelle obbligazioni pecuniarie: orientamenti della Cassazione in ordine ai profili di tutela, al termine di prescrizione ed al rapporto con la preclusione di giudicato - nota a Cass. 3 dicembre 1996 n. 10805», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2871-2878. (R.D.R.)

GROSLIERE/SAINT-ALARY-HOUIN: «Promotion immobilière. Vente d'immeuble», *RTDImm.*, 1997, núm. 3, pp. 453-461.

Notas a decisiones de los tribunales franceses sobre los problemas que plantean la compraventa de bienes inmuebles. (R.A.R.)

HAGER, G: «Europäisches Umwelthaftungsrecht», *ZEuP*, 1997, pp. 9-40.

El autor pone de relieve que los dos problemas más importantes que suscitan los temas de daños medioambientales se refieren a los presupuestos de la responsabilidad y a la necesidad de arbitrar un sistema de responsabilidad colectiva cuando no puede individualizarse al autor el daño. Sus reflexiones se realizan a la vista del Libro verde sobre daños medioambientales. (I.G.P.)

HARTMANN, Ch: «Der Gegenleistungsanspruch des Werkunternehmers bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers», *BB*, 1997, pp. 326-329.

La demanda de contraprestación del contratista de la obra por falta de cooperación del comitente. (M.P.G.R.)

HONDIUS, E.: «Kaufen ohne Risiko. Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie», *ZEuP*, 1997, pp. 130-140.

Análisis de la Propuesta de Directiva sobre venta y garantía de bienes de consumo aprobada por la Comisión el 18 de junio de 1996 (DOCE, 16 de octubre 1996). (I.G.P.)

IZZO, N.: «Indennità di avviamento e attività di estetista: un'occasione per la differenziazione dell'attività imprenditoriale da quella professionale - nota a Cass. 19 marzo 1997 n. 2421», *GC*, 1997, núms. 7-8, pp. 1822-1824. (R.D.R.)

— «Le locazioni per attività particolari: improprietà della formula e travisamento della volontà legislativa - nota a Cass., sez. un., 9 luglio 1997 n. 6227», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2414-2420. (R.D.R.)

— «Inapplicabilità dei patti in deroga alle locazioni ad uso diverso dall'abitazione e sospetta illegittimità costituzionale della sanatoria della nullità dei patti in deroga assistiti - nota a Cass. 11 settembre 1997 n. 8959 e Pret. Bologna 15 ottobre 1997», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2707-2714. (R.D.R.)

— «Risarcimento danni per il ritardo nella riconsegna dell'immobile - osservazione a Pret. Roma 4 aprile 1997, 1 febbraio 1997 (ord.) e 30 maggio 1996 (ord.)», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2932-2933. (R.D.R.)

JARROSSON: «Les concessions réciproques dans la transaction», *RDS*, 1997, núm. 32, pp. 267-273.

El estudio de las transacciones desde el prisma de las concesiones recíprocas es enriquecedor en el plano del método, es de interés en el derecho comparado y sirve para dar luz a ciertas cuestiones de derecho interno. (I.S.P.)

JOST, F. FITZER, S. MOHN, U.: «Ist der Kauf im Versandhandel ein Versendungskauf?», *BB*, 1997, pp. 1165-1169.

¿Es la venta por catálogo una venta por correspondencia?

Que la venta por catálogo es jurídicamente una venta por correspondencia parece, a primera vista, evidente. Esto significará que el traspaso del riesgo por remisión del § 447.1 BGB será aquí de aplicación; se producirá seguramente el envío de la cosa comprada, que también responde a la voluntad del comprador. A juicio de los autores, conviene sin embargo echar un vistazo a la práctica jurídica y a la literatura y preguntarse si el § 447.1 BGB puede ser aplicable, sin excepción, a la venta por correo. (*M.P.G.R.*)

KAISER, D.: «Schadensersatz aus culpa in contrahendo bei Abbruch von Verhandlungen über formbedürftige Verträge», *JZ*, 1997, pp. 448-453.

Indemnización por *c.i.c.* por ruptura de las negociaciones de contratos formales. Al hilo de la sentencia del 5 Senats del BGH de 29 de marzo de 1996. (*M.P.G.R.*)

KANZLEITER, R.: «Bedürfen Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit Ehe- und Erbverträgen der notariellen Beurkundung?», *NJW*, 1997, pp. 217-220.

¿Necesitan los negocios jurídicos relacionados con los contratos matrimoniales y sucesorios de la autenticación notarial?

El autor del artículo se pregunta si un negocio jurídico –en principio de forma libre– que está en una relación con un contrato entre cónyuges o con un pacto sucesorio tan estrecha que ambos expresan la voluntad contractual, ha de cumplimentar la misma forma notarial prevista para el contrato matrimonial o sucesorio. Contradiciendo a un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia, el autor estima que la respuesta ha de ser negativa. (*M.P.G.R.*)

KATZENMEIER, K.: «Produkthaftung und Gewährleistung des Herstellers teilmangethafter Sachen», *NJW*, 1997, pp. 486-493.

Responsabilidad por productos y prestación de garantía del fabricante por las cosas parcialmente defectuosas.

Desde hace al menos veinte años se discute animadamente y se juzga controvertida la cuestión sobre el deber comercial del fabricante de mercancías por los daños que van apareciendo en las mismas. El autor se muestra crítico con la jurisprudencia del BGH al respecto y somete a juicio su propuesta de solución, la cual tiene su origen en la consideración de las relaciones de concurso entre la responsabilidad contractual y extracontractual. (*M.P.G.R.*)

KLEIN, A.: «Haftungsbeschränkungen zugunsten und zu Lasten Dritter und ihre Behandlung in der Schuldrechtsreform», *JZ*, 1997, pp. 390-397.

Limitaciones de responsabilidad frente y con cargo a tercero y su tratamiento en el Proyecto de reforma del Derecho de Obligaciones. (*M.P.G.R.*)

KLINKHAMMER: «Positive Forderungsveletzung durch Mietvertragskündigung?», *NJW*, 1997, pp. 221-223.

¿Violación contractual positiva en caso de resolución del contrato de arrendamiento?

En este pequeño artículo, trata el autor de aclarar (para negarlo finalmente) si el arrendador ante una resolución manifiestamente ilegítima del contrato de

arrendamiento bajo los estrechos presupuestos del § 826 BGB, puede hacer responder al arrendatario por la violación contractual positiva. (*M.P.G.R.*)

LAGHEZZA, P.: «Sulla compravendita di terreno ritenuto erroneamente edificabile: ovvero alla ricerca della volontà dei contraenti e dell'errore realmente commesso», *FI*, 1997, núm. 11, I, pp. 3217-3221.

Nota a Cass. de 1 de julio de 1997 núm. 5900 sobre error en una cualidad esencial del objeto. (*A.R.G.*)

LAPERTOSA, F.: «La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l'avvento della nuova disciplina sulle clausole vessatorie», *FI*, 1997, núm. 11, V, pp. 357-374.

Artículo dedicado a las líneas fundamentales de la jurisprudencia sobre condiciones generales del contrato, los contratos de consumidores y cláusulas abusivas. (*A.R.G.*)

LASS, Ch.: «Zum Lösungsrecht bei arglistiger Verwendung unwirksamer AGB», *JZ*, 1997, pp. 67-74.

Sobre el derecho de anulación por empleo doloso de cláusulas generales inválidas.

El autor de este artículo pone de manifiesto cómo el régimen especial de la AGBGesetz puede deparar, en ocasiones, un déficit de protección del adherente, por debajo de las posibilidades del Derecho civil común, proponiendo alternativas entre las que destaca la consideración facultativa (para el consumidor) del régimen especial de protección. (*M.P.G.R.*)

LENER, G.: «Clausole vessatorie e tutela inibitoria cautelare: brevi riflessioni», *FI*, 1997, núm. 10, pp. 3009-3015.

Nota a Trib. Palermo, ord. de 5 de septiembre de 1997 y a Trib. Roma de 2 de agosto de 1997 sobre cláusulas abusivas en contratos de consumidores. (*A.R.G.*)

LOCHER, H.: «Begriffsbestimmung und Schutzzweck nach dem AGB Gesetz», *JuS*, 1997, pp. 389-392.

Definición de conceptos y fin de protección en la AGB Gesetz.

La Ley de modificación de la AGBGesetz, a través de la cual el legislador alemán ha traspuesto la Directiva de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –con retraso– entró en vigor el 25 de julio de 1996. De importancia capital es el nuevo § 24 a, que ha ensanchado considerablemente al ámbito de aplicación del control del contenido para los contratos celebrados con consumidores, apartándose del control abstracto y general que gobernaba hasta ahora la AGBGesetz, y contemplando la relevancia del conjunto de circunstancias que acompañan a la celebración del contrato. El § 24 a AGBGesetz extiende así la finalidad protectora de la ley a la protección del consumidor, en la debilidad de su proposición específica. (*M.P.G.R.*)

LO IUDICE, F.: «Forme di tutela sostanziale e preventiva del consumatore», *GC*, 1997, núms. 7-8, pp. 351-363.

Observaciones acerca de la ley 10 de febrero de 1996, núm. 53, que incorpora la Directiva CEE de 5 de abril de 1993, núm. 13, en materia de cláusulas abusivas en contratos estipulados con el consumidor.

Criterios de valoración de la vejatoriedad, efectos y medios de tutela preventiva y defensiva. (R.D.R.)

LORENZ, W.: «Reform des englischen Vertragsrechts: Verträge zugunsten Dritter und schadensrechtliche Drittbeziehungen», *JZ*, 1997, pp. 105-111.

La *Law Commission* inglesa, cuya tarea es impulsar y preparar reformas legales, ha hecho hace poco un Proyecto sobre la introducción de los contratos con efectos frente a terceros. Se debe aprovechar la ocasión de este *Bill* del Parlamento de Westminster para que se armonice el Derecho inglés con las normas de contratos del Derecho europeo en un campo fundamental del Derecho privado. El artículo investiga, partiendo de situaciones jurídicas pasadas y con una perspectiva de comparación con el Derecho alemán, las consecuencias prácticas de esta reforma. (M.P.G.R.)

LUCET: «La qualification des contrats d'assurance-vie», *GP*, 1997, núms. 332-333, pp. 2-5.

El autor se cuestiona la calificación, que el Código civil francés en el artículo 1964 da del contrato de seguro de vida como contrato aleatorio: ¿Dónde reside la aleatoriedad ante el Código de seguro? (R.A.R.)

MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», *RTDImm.*, 1997, núm. 3, pp. 443-453.

Anotaciones a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre los problemas que se plantean en materia de contrato de obra y responsabilidad de los profesionales. (R.A.R.)

MARTINEK, M.: «Das neue Teilzeit- Wohnrechtgesetz- mißratener Verbraucherschutz bei Time-Sharing-Verträgen», *NJW*, 1997, pp. 1393-1399.

La nueva ley sobre viviendas a tiempo compartido. Fracasada protección de los consumidores en los contratos de multipropiedad.

El artículo presenta la nueva ley alemana sobre uso a tiempo compartido de inmuebles destinados a vivienda, que entró en vigor el 1 de enero de 1997, y traspone al Derecho alemán la Directiva de la Unión Europea de 26 de octubre de 1994, sobre la multipropiedad. El autor de este artículo relaciona la presentación y aclaración de los preceptos más importantes de la nueva ley con una crítica de sus puntos más débiles. (M.P.G.R.)

MESTRE/JOURDAIN/GAUTIER: «Obligations et contrats spéciaux», *RTDC*, 1997, núm. 2, pp. 416-453.

Notas a diversas sentencias sobre obligaciones en general, responsabilidad civil y contratos en particular. (R.A.R.)

— «Obligations et contrats spéciaux», *RTDC*, 1997, núm. 3, pp. 651-695.

Notas a diversas sentencias sobre obligaciones en general, responsabilidad civil y contratos en particular. (R.A.R.)

MESTRE/JOURDAIN/GAUTIER: «Obligations et contrats spéciaux», *RTDC*, 1997, núm. 4, pp. 921-969.

Notas a diversas sentencias sobre obligaciones y contratos en general, responsabilidad civil y contratos en particular. (I.S.P.)

MONTI, A.: «Sull'atipicità del contratto di assistenza», *FI*, 1997, núms. 7-8, I, pp. 2227-2234.

Contrato atípico de asistencia, no reconducible al género de la renta vitalicia, por el que una parte se obliga, en vez de a la transmisión de un bien o a la cesión de un capital, a la transferencia de otra prestación alimenticia o asistencial durante toda la vida. (A.R.G.)

MORELLI, M. R.: «Riusciranno gli interessi legittimi a superare la mitica frontiera del danno ingiusto?», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 461-465.

Breves notas acerca de la responsabilidad civil por lesión de los intereses legítimos, y sus vías de tutela y resarcimiento. (R.D.R.)

NAVARRINI, G.: «Note minime sulla tutela d'urgenza in materia di concorrenza sleale - nota a Trib. Messina 25 febbraio 1997 (ord.)», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2291-2293. (R.D.R.)

NICOLI, A.: «Responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c. e contratto d'appalto di manutenzione - nota a Cass. 30 maggio 1996 n. 5007», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2262-2264. (R.D.R.)

OPPO, G.: «La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico», *RDC*, 1997, núm. 4, parte prima, pp. 515-527.

Revisión de las obligaciones morales o sociales, en relación con los supuestos, calificación y disciplina de la liberalidad de uso, donación remuneratoria y cumplimiento de obligaciones naturales y civiles.

Referencias a los deberes de los individuos y de la colectividad, en conexión con la reforma del régimen económico matrimonial, el cumplimiento anticipado de obligaciones naturales, la familia de hecho, la solidaridad y economía social y las prestaciones del voluntariado. (R.D.R.)

PELLEGRINO, M.: «Subjektive oder objektive Vertragshaftung?», *ZEuP*, 1997, pp. 41-57.

En el momento actual, señala el autor, asistimos a un proceso de reforma de los modelos de Derecho de obligaciones. Uno de los puntos centrales de discusión es el modelo de responsabilidad contractual. El autor analiza la tendencia «subjetiva» y la «objetiva» y sus manifestaciones en distintas normas y estima que todavía se encuentra lejos una derogación de la responsabilidad basada en la culpa (I.G.P.)

PEISSE: «L'art. 87-1 de la loi n.º 96-314 du 12 avril 1996 relative notamment aux prêts immobiliers (art. L.312-7 et 312-8 du Code de la consommation) est-il conforme à l'art. 6-1 de la Convention européenne des Droits de l'homme?», *GP*, 1997, núms. 320-322, pp. 7-9.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal de Gran instancia de Saintes de 21 de febrero de 1997 por el que se confirma la contradicción existente entre la Ley de 12 de abril de 1996 y el Código de Consumo a propósito de la materia. (I.S.P.)

PFEIFFER, Th.: «Die Geldkarte. Ein Problemaufriß», *NJW*, 1997, pp. 1036-1039.

De todas las formas posibles, distintas del pago en dinero, se está imponiendo en la práctica el pago mediante tarjeta. Sobre las cuestiones jurídicas relaciona-

das con ello trata este artículo, dando las opiniones del autor al respecto. (M.P.G.R.)

PONTECORVO, A.: «La responsabilità per perdita di chance», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 447-459.

Observaciones acerca del daño jurídico por pérdida de *chance*: definición, diferencias respecto del daño futuro y falta de ganancias, nexo de causalidad, ámbito de aplicación contractual y extracontractual, condiciones de resarcibilidad, prueba del daño y formas de tutela y cuantificación del daño. (R.A.R.)

PROTO, M.: «Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata - nota a Cass. 9 ottobre 1996 n. 8818», *GC*, 1997, núms. 7-8, pp. 1895-1903. (R.D.R.)

RADÉ: «Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt Bertrand, deuxième Chambre civile, 19 février 1997)», *RDS*, 1997, núm. 33, pp. 279-285.

La sentencia comentada considera que la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores es una responsabilidad objetiva, impidiendo que los padres puedan liberarse mediante la prueba de la culpa de la víctima o de un evento de fuerza mayor. El autor pone de manifiesto el cambio que esta sentencia introduce en la responsabilidad por hecho ajeno. (I.S.P.)

RAVERA, D.: «La cessione di eredità», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 411-418.

Análisis del contrato de cesión de herencia: objeto del contrato, forma, garantía debida por el vendedor, obligaciones de reembolso de ambas partes, pago de deudas hereditarias, exclusión de responsabilidad solidaria. (R.D.R.)

REMY, Ph.: «La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept», *RTDC*, 1997, núm. 2, pp. 323-355.

El autor analiza el concepto y la historia de la responsabilidad contractual para llegar a criticar la actual dualidad entre responsabilidad civil contractual y extracontractual. Propone distinguir entre reparación y pago forzoso atendiendo a la distinción de la causa de la obligación. (R.A.R.)

RIEBLE, V.: «Die Zurückweisung der mangelhaften Lieferung nach § 464 BGB», *JZ*, 1997, pp. 485 ss.

El rechazo de la entrega defectuosa según el § 464 BGB.

Estudia el artículo las consecuencias que comporta la recepción o la negativa a recibir la cosa comprada para la posición jurídica del comprador frente al vendedor (régimen de garantías, cumplimiento, etc.). (M.P.G.R.)

SAENGER, I.: «Zur Schadensersatzpflicht bei vorzeitigen Vollstreckungsmaßnahmen des materiell berechtigten Gläubigers», *JZ*, 1997, pp. 222-229.

Sobre el deber de indemnizar daños por medidas de ejecución adelantadas, del acreedor materialmente legitimado.

Se trata en este artículo de la valoración de la responsabilidad que puede pesar sobre el acreedor que ve satisfecho parte de su crédito mediante medidas provisionales o cautelares, cuando dicho crédito no es, a la postre, reconocido en su totalidad o, simplemente, negado por una decisión judicial. (M.P.G.R.)

SALVADORI, M. G. SCALITI G.: «La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione», *CI*, 1997, núm. 2, pp. 671-688.

La inscripción del contrato preliminar, figuras negociales de incierta calificación jurídica. Evolución fisiológica del contrato preliminar. La incidencia de las normas en materia de edificios de futura construcción o en curso de construcción sobre la noción de contrato preliminar. El contenido y la inscripción de la promesa de venta de cosa genérica y alternativa. (A.R.G.)

SCARPELLO, A.: «Il dolo incidente: una fattispecie “determinante” per i criteri di separazione degli illeciti», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte primera, pp. 652-657.

Comentario a Coll. Arb. de 26 de enero de 1996 en materia de responsabilidad contractual y extracontractual: fundamento y ubicación de la *culpa in contrahendo*. Dolo incidental: naturaleza de la responsabilidad y resarcimiento del daño. (A.R.G.)

SCHERPE, J. «Haustürgeschäfte in Dänemark»; BÄLZ, M.: «Haustürgeschäften in Schweden»; SCHLENKER, S.: «Haustürgeschäfte in Spanien», *ZEuP*, pp. 1078-1121.

Los tres artículos citados contemplan las leyes nacionales de los tres países que han incorporado al Derecho interno la Directiva sobre negocios celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. (I.G.P.)

SCHLECHTRIEM, S.: «Verbraucherkaufverträge- ein neuer Richtlinienentwurf», *JZ*, 1997, pp. 441-446.

Contratos de compraventa de consumo: una nueva Propuesta de Directiva. La planeada Directiva sobre la aproximación del Derecho relativo a los contratos de compraventa de consumo hace patente que la aproximación jurídica a través de Directivas, especialmente en materia de consumo es progresivamente creciente y ha desarrollado algunos conceptos centrales propios. Las reglas de protección del consumidor como una parte característica y significativa del Derecho de obligaciones, plantean la cuestión de si sus preceptos son añadidos al Derecho de obligaciones del BGB, o si se debe hacer una reforma en profundidad de las estructuras fundamentales de este sector del Derecho patrimonial. Aunque en la Propuesta de Directiva mencionada sólo se prevén reglas de protección mínima para el comprador-consumidor, la trasposición de la norma comunitaria puede significar en su día una modificación esencial del BGB. (M.P.G.R.)

SCHLECHTRIEM, P.: «Schadensersatz und Schadensbegriff», *ZEuP*, 1997, pp. 232-254.

El concepto del daño y su indemnización es y ha sido objeto de extensa atención en la doctrina alemana. Desde el punto de vista de la armonización del Derecho europeo, el autor analiza las principales cuestiones que se plantean en torno a ambos conceptos. (I.G.P.)

STELLA RICHTER, G.: «L'interpretazione dei contratti dei consumatori», *RTDPC*, 1997, núm. 4, pp. 1027-1041.

Revisión de la obligación de claridad y transparencia en la formulación de las cláusulas de los contratos con consumidores, en aplicación del principio

de la buena fe, y los criterios de interpretación en favor del consumidor, según el tipo de contrato. (R.D.R.)

STICKELBROCK, B.: «Angleichung zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftungsmaßstäbe beim Störerbegriff des § 1004 BGB», *AcP*, 1997, pp. 456-504.

Las relaciones de vecindad permiten de manera simultánea la adopción de medidas procedentes del Derecho público, así como pretensiones jurídico-privadas. La autora estudia los criterios de imputación que operan en uno y otro ámbito y la armonización entre ambos. (I.G.P.)

TAHMM, M.: «Der Mietvertrag für Baumaschinen und Baugeräte», *BB*, 1997, pp. 1270-1272.

El contrato de arrendamiento de máquinas y materiales de construcción. (M.P.G.R.)

TAUPTIZ, J.: «Das Internationale Produkthaftungsrecht im Zugriff der europäischen Warenverkehrsfreiheit: Abschied vom favor laesi?», *ZeUP*, 1997, pp. 986-1010.

La Directiva comunitaria sobre responsabilidad por defectos de los productos (27 de mayo de 1985), aunque ya se ha incorporado al Derecho interno de todos los Estados de la Comunidad, no impide que, de hecho, subsistan diferencias entre las legislaciones nacionales lo que determina diferentes niveles de responsabilidad. Los inconvenientes que de ello se derivan, en especial para la libre circulación de mercancías, son objeto de análisis por el autor. (I.G.P.)

TAVANI, C.: «Publicità comparativa e disciplina codicistica - nota a Trib. Roma 11 luglio 1996 (ord.)», *GC*, 1997, núms. 7-8, pp. 2011-2014. (R.D.R.)

TEMPEL, O.: «Probleme der Berechnung von Vergütung und Entschädigung bei höherer Gewalt in Reisesachen», *NJW*, 1997, pp. 621-624.

Problemas de cálculo del reembolso y la indemnización por fuerza mayor en cuestiones derivadas del contrato de viaje.

En la práctica del Derecho de viajes, el perjuicio a los viajeros a causa de conflictos políticos y derivados de desastres naturales juega un importante papel. El legislador alemán sólo ha regulado en el § 651 j del BGB el caso de que el contrato de viaje a causa de estas circunstancias se resuelva. No se establecen en la ley las consecuencias jurídicas que se producen cuando falta la resolución y se prosigue el viaje. El autor del artículo trata ambos tipos de casos en relación con la liquidación de daños y describe las propuestas jurisprudenciales de solución. (M.P.G.R.)

THIBIERGE-GUELFUCCI: «Libres propos sur la transformation du droit des contrats», *RTDC*, 1997, núm. 2, pp. 357-385.

Los principios tradicionales del Derecho contractual, libertad contractual y fuerza obligatoria conducen a negar los nuevos principios inducidos del Derecho positivo de los contratos. La evolución contemporánea demuestra como una total libertad contractual conduce a la desigualdad contractual; y, una absoluta fuerza obligatoria otorga tal rigidez a la norma contractual que la hace indiferente frente a los desequilibrios. (R.A.R.)

TRIMARCHI, M.: «Locazione abitativa primaria e accordi in deroga alla legge n. 392 del 1978», *RDC*, 1997, núm. 5, parte seconda, pp. 559-572.

Revisión de los intereses y valores en conflicto en la disciplina del arrendamiento, ante la ambigüedad del artículo 11 de la ley núm. 359 de 1992 y la tutela de la autonomía privada, y el acuerdo tendente a derogar la ley núm. 392 de 1978, relativa a la duración, renovación, resolución, cesión y sucesión, subrogación e incumplimiento del contrato. (*R.D.R.*)

TROVATORE, G.: «La definizione atipica delle "clausole abusive" tra controllo giudiziale e trattativa individuale», *RTDPC*, 1997, núm. 4, pp. 959-1013.

Amplio comentario en torno a la distinción entre cláusulas vejatorias y cláusulas abusivas, en la contratación en masa con consumidores.

Criterios de diferenciación: equilibrio contractual, buena fe, equidad.

Control judicial del carácter abusivo de la cláusula negocial. (*R.D.R.*)

UBERTAZZI, L. C.: «La pubblicità dei professionisti», *FI*, 1997, núm. 6, pp. 180-185.

Crítica al privilegio que ostentan los profesionales liberales cuyas actividades no están sometidas a publicidad frente a las actividades económicas del empresario. (*A.R.G.*)

VARAUT/RUET: «Secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires», *GP*, 1997, núms. 222-224, pp. 2-11.

Contenido del secreto profesional en las profesiones jurídicas y judiciales. (*R.A.R.*)

VINCENTI, V.: «Cose consegnate al ristorante e responsabilità ex recepto», *FI*, 1997, núm. 9, I, pp. 2519-2526.

Nota a Cass. de 19 de febrero de 1997 núm. 1537 respecto a la responsabilidad del dueño del restaurante por la sustracción de bienes pertenecientes a un cliente. (*A.R.G.*)

VIDIRI, G.: «Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto - nota a Cass. 2 aprile 1997 n. 2858», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2464-2471. (*R.D.R.*)

VINEY: «Responsabilité civile», *SJ*, 1997, núm. 49, I-4068, pp. 507-512.

Análisis de las últimas decisiones de la Corte de Casación en materia de responsabilidad civil. (*R.A.R.*)

— «Chronique. Responsabilité civile. (suite et fin)», *SJ*, 1997, núm. 50, I-4070, pp. 515-522.

Estudio jurisprudencial sobre la posición de la jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad. Continuación del número 49. (*I.S.P.*)

VIOTTI, G.: «La rendita vitalizia», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte segunda, pp. 387-395.

Noción y fuentes. Necesidad del alea. Criterios para la intervención de los jueces. Contrato atípico de renta vitalicia. Contrato gratuito de renta vitalicia. (*A.R.G.*)

VIRIOT-BARRIAL: «La responsabilité civile et pénale des dirigeants de port de plaisance», *GP*, 1997, núms. 327-329, pp. 9-14.

El autor analiza el fundamento de la responsabilidad civil y penal, así como el régimen jurídico de tal responsabilidad según sea una persona física o jurídica. (R.A.R.)

VOINOT: «Le refus par l'acheteur de la clause de réserve de propriété en droit des procédures collectives (à propos de l'article 19 de la loi n.º 96-588 du 1.º juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales modifiant l'article 121 de la loi du 25 janvier 1985)», *RDS*, 1997, núm. 36, pp. 312-318.

Estudia la nueva ley como correctora de los desequilibrios de las relaciones comerciales. En concreto, en el marco de los procedimientos colectivos, confirma la eficacia de las cláusulas de reserva de dominio. (I.S.P.)

WEBER, R.: «Muß im Arzthaftungsprozeß der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen?», *NJW*, 1997, pp. 761-768.

El autor se pregunta si en un proceso sobre responsabilidad médica debe el médico probar su ausencia de culpa. Trata el autor de responder tomando en consideración la solución dada por la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad del prestador de servicios y la vigencia al respecto del § 282 del BGB. (M.P.G.R.)

ZAVARO: «La réforme des clauses types des polices d'assurance de dommages-ouvrage», *GP*, 1997, núms. 290-291, pp. 2-4.

Reforma limitada de las cláusulas tipo mediante la decisión de 30 de mayo de 1997. (R.A.R.)

DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

AA. VV.: «Contrefaçon et droit d'auteur sur internet (1ère partie)», *GP*, 1997, núms. 292-294, pp. 20-27.

Incidencia de las nuevas tecnologías sobre el derecho a la propiedad literaria y artística. Problemas que se presentan en la jurisprudencia. (R.A.R.)

ALBERTINI, L.: «Conflitto tra segni distintivi patrimonimici - nota a Trib. Livorno 27 gennaio 1997», *GC*, 1997, núms. 7-8, pp. 1965-1968. (R.D.R.)

— «L'abusivo sfruttamento commerciale (in particolare: come marchio) del nome e dell'immagine altrui», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 479-513.

Observaciones acerca del aprovechamiento abusivo de los comerciantes del prestigio (nombre e imagen) de otra empresa.

Análisis del nombre e imagen: duración del derecho, transmisibilidad, medios de tutela y resarcimiento. (R.D.R.)

— «Lo sfruttamento commerciale abusivo della notorietà altrui e la riconoscibilità dell'interessato - nota a Cass. 12 marzo 1997 n. 2223», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2824-2827. (R.D.R.)

- ANNUNZIATA, M.: «Sui limiti di rilevanza del d.m. sugli standards urbanistici - osservazione a Cass., sez.un., 1 luglio 1997 n. 5889», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2077-2079. (R.D.R.)
- ARNAUD: «L'influence du droit de divulgation sur la définition de l'oeuvre d'art et sur les limites du droit de propriété», *GP*, 1997, núms. 246-247, pp. 2-4.
El derecho de divulgación de una obra de arte, su carácter y límites con relación al derecho de propiedad. (R.A.R)
- BANDRAC/CROCQ: «Sûretés, publicité foncière», *RTDC*, 1997, núm. 2, pp. 467-477.
Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (R.A.R.)
- «Sûretés, publicité foncière», *RTDC*, 1997, núm. 3, pp. 704-712.
Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia: la fianza, el derecho de retención como diferente a la prenda. (R.A.R.)
- BANDRAC/CROCQ: «Sûretés, publicité foncière», *RTDC*, 1997, núm. 4, pp. 970-972.
Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (I.S.P.)
- BERGEL: «Propriété et droits réels», *RTDImm.*, 1997, núm. 3, pp. 399-402.
Exposición de la bibliografía y jurisprudencia más reciente sobre los diversos problemas que se plantean en el ámbito de los derechos reales. (R.A.R)
- BERNARD: «Expropriation pour cause d'utilité publique», *SJ*, 1997, núm. 36, I-4043, pp. 358-362.
Análisis jurisprudencial de los distintos aspectos que se plantean en torno a la expropiación forzosa: declaración de utilidad pública, orden judicial de expropiación; fijación de la indemnización; consignación, etc. (I.S.P.)
- BIAMONTI, E.: «Effetti della risoluzione di mutuo fondiario. Criteri e limiti del privilegio ipotecario - nota ad App. Roma 18 dicembre 1996», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2612-2613. (R.D.R.)
- CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles immobiliers», *RTDImm.*, 1997, núm. 3, pp. 477-493.
Decisiones de los tribunales franceses sobre diversos problemas planteados en materia de copropiedad y conjuntos inmobiliarios. (R.A.R)
- CASSETTA, F.: «In tema di azioni possessorie contro la P.A. - osservazione a Pret. Viareggio 16 maggio 1996 », *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2935-2939. (R.D.R.)
- COLONNA, V.: «Accertamento dell' idoneità statica dell'edificio e diritto di sopraelevazione», *FI*, 1997, núm. 11, I, pp. 3375-3386.
Observaciones a Cass. de 27 de marzo de 1996 núm. 2708 sobre la prohibición del derecho de vuelo. (A.R.G.)
- CORSINI, G.: «Acquisto per usucapione della proprietà del fondo confinante e prelazione - nota ad App. Ancona 20 aprile 1996», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2606-2609. (R.D.R.)

DAGOT: «Garantie de contenance du lot de copropriété vendu», *SJ*, 1997, núm. 27, I-4034, pp. 299-306.

Estudio de la nueva normativa introducida mediante la ley núm. 96-1107, de 18 de diciembre de 1996, o *Ley Carrez*, cuya finalidad es asegurar la información del adquirente respecto de la superficie de la parte en común vendida y garantizarle su contenido. (I.S.P.)

DI BARTOLOMEO, L.: «A proposito dei rimedi spettanti al terzo possessore o detentore *nomine proprio* nell'esecuzione per rilascio», *RTDPC*, 1997, núm. 4, pp. 1123-1136.

Estudio jurisprudencial de los medios de defensa del tercer poseedor o detentador, ante la ejecución del bien poseído. (R.D.R.)

ERCOLANI, S.: «Un inventario provvisorio delle modifiche alla legge sul diritto di autore», *Dir. Aut.*, 1997, núm. 3, pp. 300-329.

Análisis de varias directivas comunitarias como origen de algunas modificaciones de la ley del derecho de autor (protección de los programas por ordenador; derecho de alquiler, préstamo y derechos conexos; la difusión vía satélite y la retransmisión por cable; la compensación irrenunciable de los autores y de los artistas por el uso de las obras cinematográficas y asimiladas; prolongación de la duración de la tutela). (A.R.G.)

FABIANI, M.: «Diritti di autore e diritti connessi nelle radiodiffusioni via satellite o a mezzo cavo», *Dir. Aut.*, 1997, núm. 3, pp. 281-287.

Estudio sobre el decreto legislativo de 23 de octubre de 1996 núm. 581, que incorpora al ordenamiento italiano las disposiciones de la Directiva 93/83/CEE para la coordinación de algunas normas en materia de derecho de autor y derechos conexos aplicables a la radiodifusión vía satélite o a la retransmisión por cable. (A.R.G.)

FABRE-MAGNAN: «Propriété, patrimoine et lien social», *RTDC*, 1997, núm. 3, pp. 583-613.

El autor, tras plantear las dudas que presentan las nociones de propiedad y patrimonio, expone la necesidad de que una teoría de ambos responda a cuestiones tan esenciales como el estatuto del ser humano o de las cosas incorpóreas. Así, ve insuficiente la exclusividad para definir la propiedad, puesto que ella es esencial a todos los derechos subjetivos. Se sostiene que propiedad y patrimonio están unidos indisolublemente, pues la propiedad es un derecho subjetivo patrimonial y recíprocamente todos los derechos subjetivos son objeto de propiedad. El autor concluye señalando la necesidad de que el Derecho nombre expresamente las cosas que son inapropiables, que no son bienes. (R.A.R.)

FIROUZ-ABADIE: «Les agents publics et le droit d'auteur d'oeuvres logicielles», *GP*, 1997, núms. 292-294, pp. 4-7.

Análisis del artículo 113-9 del Código de la Propiedad intelectual. (R.A.R.)

FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo- Decima serie», *Dir. Aut.*, 1997, núm. 3, pp. 288-299.

Algunas observaciones sobre las Directivas comunitarias de derecho de autor. ¿Quién es el autor de un film de archivo? Expropiaciones atípicas del derecho de autor. (A.R.G.)

GABRIELLI, G.: «La pubblicità immobiliare del contratto preliminare», *RDC*, 1997, núm. 4, parte prima, pp. 529-563.

Análisis del contrato preliminar y los efectos de su publicidad documental y registral: la anotación e inscripción en el Registro, y los privilegios para el cobro de créditos restitutorios y resarcitorios en caso de inejecución.

Cuestiones particulares relacionadas con la construcción de edificios. (R.D.R.)

GANDOLFI, G.: «Sulla sorte del contratto con effetti reali (nella prospettiva di una codificazione europea)», *RTDPC*, 1997, núm. 4, pp. 1015-1025.

Notas acerca del proyecto de *Código europeo de los contratos*, con particular referencia al artículo 46 concerniente a los efectos reales del contrato. (R.D.R.)

GIACOBBE, E.: «Patto commissorio, alienazione in garanzia, vendita con patto di riscatto e frode alla legge: variazioni sul tema - nota a Cass. 20 novembre 1996 n. 10175», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2534-2553. (R.D.R.)

GIACOBBE, G.: «La tutela dell'opera cinematografica nell'ordinamento italiano», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 525-530.

Sintética visión de la regulación por el Derecho italiano de las obras cinematográficas, con particular referencia al conflicto entre los derechos del escritor, director, productor y otros sujetos que intervienen en la realización de la obra. (R.D.R.)

GOUTAL: «Multimédia et réseaux: l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur», *RDS*, 1997, núm. 41, pp. 357-362.

Se plantean problemas sobre la cualificación y la cuantificación de las cesiones o autorizaciones necesarias para la explotación de los derechos de autor, las soluciones de estos problemas pasan por la diferenciación entre obras de un solo autor y las obras colectivas. (I.S.P.)

HERRMANN: «Natureinflüsse und Nachbarrecht (§§ 1004, 906 BGB)- drei Entscheidungen», *NJW*, 1997, pp. 153-158.

Influencias de la naturaleza y relaciones de vecindad: estudio de tres decisiones. El trabajo profundiza en la dogmática sobre las acciones de cesación y de indemnización de daños por relaciones de vecindad en caso de influencias naturales dañosas, basándose en tres ejemplos de la jurisprudencia reciente. La autora se manifiesta en contra de las respuestas jurisprudenciales y muestra otras soluciones posibles. (M.P.G.R.)

LIBCHABER: «L'usufruit des créances existe-t-il?», *RTDC*, 1997, núm. 3, pp. 615-629.

El autor comienza señalando la falta de estudios críticos en torno a la figura. No obstante, frente a la pregunta con que titula su trabajo reconoce la existencia de la figura, tal y como se deduce del artículo 581 CC así como de las propias decisiones jurisprudenciales. Tras ello, analiza su régimen jurídico así

como su objeto, para constatar la singularidad de la figura y la complejidad de encuadrarlo en los derechos reales. (R.A.R.)

MAGELLI, S.: «Il diritto d'autore sulle opere del disegno industriale», *CI*, 1997, núm. 2, pp. 765-776.

Importante novedad legislativa en materia de protección del diseño industrial (L. 23 de diciembre de 1996, núm. 650). (A.R.G.)

MORBINATI, B.: «Preuso e registrazione della ditta - nota a Cass. 16 agosto 1996 n. 7584», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2249-2251. (R.D.R.)

MOREL/DENIS-LINTON: «Expropriation», *RTDImm.*, 1997, núm. 3, pp. 411-415.

Notas a diversas decisiones de la Corte de Casación y del Consejo de Estado sobre los problemas jurídicos de la expropiación forzosa. (R.A.R.)

NAVARRINI, G.: «Sul provvedimento negativo nei procedimenti possessori - nota a Trib. Latina 11 febbraio 1997 (ord.)», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2617-2620. (R.D.R.)

NOIVILLE: «Pour une protection des collections scientifiques», *RDS*, 1997, núm. 28, pp. 245-248

Las lagunas de derecho positivo, partiendo de la definición de colección, se pone de manifiesto su ausencia como categoría jurídica protegida y la fragilidad de la jurisprudencia. Propone dos vías de solución para asegurar la conservación de las colecciones científicas. (I.S.P.)

OLIVO, F.: «Vincoli di destinazione e regolamento condominiale contrattuale - nota a Cass. 28 gennaio 1997 n. 854», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2186-2195. (R.D.R.)

PERINET-MARQUET: «Chronique d'actualité: Droit des biens», *SJ*, 1997, núm. 44, I-4060, pp. 453-458.

Notas a algunas decisiones de la Corte de Casación civil sobre reivindicación de la propiedad, relaciones de vecindad, comunidad de bienes y usufructo. (R.A.R.)

POJAGHI, A.: «Alcune considerazioni sulla recente normativa in tema di durata di protezione dei diritti d'autore e dei diritti connessi», *Dir. Aut.*, 1997, núm. 3, pp. 330-338.

Estudio de algunas cuestiones interesantes introducidas por la ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52, en cumplimiento de obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a la Unión Europea (disposiciones transitorias sobre los derechos conexos al de autor, posición de los cesionarios, formalidades relativas a los cesionarios, Tratado de Roma y Convenio de Berna). (A.R.G.)

REGOLI, F. P.: «La giurisprudenza della Cassazione sulle libere utilizzazioni di opere protette dal diritto di autore», *Dir. Aut.*, 1997, núm. 3, pp. 339-350.

Estudio jurisprudencial de los usos libres de las obras tuteladas por la propiedad intelectual, que es uno de los límites del derecho de autor justificado por motivos de interés público, junto a la expropiación de derechos patrimoniales y a las licencias legales y obligatorias. (A.R.G.)

SCHERMI, A.: «La funzione di pagamento dell'assegno bancario: conseguenze sul pignoramento di crediti - nota a Cass. 5 febbraio 1997 n. 1108», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2167-2172. (R.D.R.)

SIMLER/DELEBECQUE: «Chronique d'actualité: Droit des sûretés», *SJ*, 1997, núm. 26, I-4033, pp. 289-298.

Estado actual de las garantías, reales y personales, en Francia visto desde el punto de vista de la jurisprudencia francesa. (R.A.R.)

THORN, K.: «Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten: Neue Entwicklungen in rechtsvergleichender Perspektive», *ZEuP*, 1997, pp. 442-474.

El nuevo Código civil holandés contiene una regulación de la adquisición de bienes muebles de buena fe que, como ha ocurrido recientemente en otros países, se aparta del camino trazado por el *Code* napoleónico. El autor analiza varias de estas regulaciones y valora de forma crítica su resultado (I.G.P.)

VARRONE, F.: «Il problema della validità dell'assemblea in tema di supercondominio: verifica e conferma dei principi regolatori dell'istituto - nota a Cass. 8 agosto 1996 n. 7286», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2563-2576. (R.D.R.)

ZENATI: «Propriété et droits réels», *RTDC*, 1997, núm. 2, pp. 454-466.

Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (R.A.R.)

— «Propriété et droits réels», *RTDC*, 1997, núm. 3, pp. 696-703.

Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (R.A.R.)

DERECHO DE FAMILIA

AA. VV.: «Régimes matrimoniaux», *SJ*, 1997, núm. 38, I-4047, pp. 380-390.

Análisis de los distintos regímenes jurídico-matrimoniales desde el punto de vista de la jurisprudencia francesa más reciente. (R.A.R.)

BARBIERI, L.: «Sull'esecutività delle decisioni canoniche in materia di matrimonio rato e non consumato», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 933-940.

Comentario a la Corte App. Torino de 9 de julio de 1996 sobre jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial. (A.R.G.)

— «Obblighi genitoriali e diritto di espatrio», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 848-857.

Tutela del menor en la concesión del pasaporte a los padres legítimos y naturales. (A.R.G.)

BEAUBRUN: «La sécurité des réglements successoraux à l'épreuve de l'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état (article 334-8, alinéa 2, du code civil)», *RDS*, 1997, núm. 44, pp. 387-394.

Un derecho subjetivo nuevo: la acción de constatación de posesión de estado. Algunos elementos del régimen jurídico de esta acción. (I.S.P.)

BÉNABENT: «Plaidoyer pour quelques réformes du divorce», *RDS*, 1997, núm. 27, pp. 226-228.

El estudio va dirigido, más que a las causas del divorcio a los efectos de éste y más concretamente a los efectos patrimoniales y dentro de ellos a la fijación de las pensiones. (I.S.P.)

BORSERINI, N.: «Il limite dell'ordine pubblico nella delibazione delle pronunce rabbiniche di divorzio», *RTDPC*, 1997, núm. 3, pp. 735-747.

Notas sobre el límite del orden público en el reconocimiento de resoluciones religiosas sobre el matrimonio hebreo. (R.D.R.)

BOSSE-PLATIÀRE: «La présence des grands-parents dans le contentieux familial», *SJ*, 1997, núm. 25, I-4030, pp. 267-273.

La importancia de los abuelos en el ámbito de la familia ha provocado que, últimamente, su participación en los litigios de carácter familiar sea cada vez mayor. Su papel en el litigio según existan o no los padres de los menores. (I.S.P.)

CANONICO, M.: «Dispensa canonica dal matrimonio *super rato* ed efficacia civile: un fantasma che riappare, evocato dai giudici torinesi», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 945-968.

Comentario a Corte App. Torino de 9 de octubre de 1996 relativo a la competencia estatal en materia de matrimonio canónico. (A.R.G.)

CASSANDRO, G.: «Brevi note in tema di delibazione di dispensa *super rato*», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 940-945.

Debate sobre las resoluciones eclesiásticas en materia de matrimonio y la jurisdicción del Estado sobre las mismas. (A.R.G.)

CATTANEO, G.: «Il cognome della moglie e dei figli», *RDC*, 1997, núm. 5, parte prima, pp. 691-703.

Consideraciones de carácter general acerca del principio de igualdad y la disciplina vigente en Italia sobre el apellido de la mujer casada y los hijos, en comparación con el Derecho alemán, francés y español. (R.D.R.)

CENCI, P.: «Dovere di mantenimento dei figli, obbligo degli alimenti e delitto di omessa prestazione dei mezzi di sussistenza», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 1077-1098.

Debate sobre el derecho al mantenimiento del hijo mayor de edad, parado y privado de medios de forma involuntaria. (A.R.G.)

CEVAER-JOURDAIN: «Remarques à propos de la médiation familiale au regard de la loi du 8 février 1995 et du décret d'application du 22 juillet 1996, relatifs à la conciliation et à la médiation judiciaires», *GP*, 1997, núms. 339-340, pp. 13-18.

El autor analiza las nuevas necesidades que el aumento de litigios familiares ha impuesto al legislador. Las nuevas vías legales para evitar un atasco judicial. (I.S.P.)

CONTE, M.: «Separazione consensuale ed omologazione: profili processuali dell'ultimo accordo tra i coniugi», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 1027-1030.

Artículo sobre la revocación o anulación del acuerdo no homologado de separación consensual. (A.R.G.)

CORNEC: «Actualité du jugement de Salomon. Comment ne pas trancher les enfants victimes d'un déplacement international», *GP*, 1997, núms. 339-340, pp. 8-12.

Problemas que se plantean con relación a los hijos cuando la ruptura matrimonial se produce en una pareja de distinta nacionalidad. (I.S.P.)

COSENTINO, F.: «La tutela del minore nella concessione del passaporto ai genitori legittimi e naturali», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 858-859.

Discusión sobre la legitimidad de la norma que admite la concesión del pasaporte al padre de menores de edad, sin autorización del juez tutelar, con el simple consentimiento del otro progenitor si continúa subsistente la relación conyugal. (A.R.G.)

— «Brevi osservazioni sull'art. 74 della legge 4 maggio 1983 n. 184: una norma lacunosa, monca ed immediatamente da riformare», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 1006-1013.

Normativa dirigida a evitar el fenómeno del «mercado de niños»: fraude de una pareja casada que desea adoptar un niño en el que uno de los dos cónyuges reconoce al menor como hijo natural suyo, con la confabulación de la verdadera madre biológica del niño. (A.R.G.)

— «Impugnazione del riconoscimento ex art. 263 c.c. e tutela del figlio minore», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 842-847.

Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1997 núm. 112 sobre la constitucionalidad del artículo 263 del Código Civil italiano relativo a la impugnación automática del reconocimiento de un hijo natural, sin posibilidad de valorar el concreto interés del menor. (A.R.G.)

DOGLIOTTI, M.: «Separazione dei coniugi, educazione religiosa della prole, controllo del giudice», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 1015-1027.

Acuerdos de separación no homologados por el juez: un importante reconocimiento de la autonomía negocial de los cónyuges. (A.R.G.)

EBENE, C.: «Edad del padre adottivo», *NLCC*, 1997, núm. 3, pp. 640-646.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 24 de julio de 1996, núm. 303, en la que se declara inconstitucional el artículo 6.2. de la ley 4 de mayo de 1983, núm. 184, en relación al requisito de edad del adoptante. (R.D.R.)

— «Riconoscimento del figlio naturale e conservazione del cognome originariamente attribuito», *NLCC*, 1997, núm. 3, pp. 636-639.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 23 de julio de 1996, núm. 297, en la que se declara inconstitucional el artículo 262 CC, en la parte que no prevé que el hijo natural pueda mantener su apellido originario, aunque asuma el del progenitor que posteriormente le reconozca. (R.D.R.)

EMILIOZZI, E. A.: «Dalla trascrizione nei pubblici registri immobiliari all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio: analisi ricostruttiva e profili pratici della pubblicità dei rapporti patrimoniali tra coniugi», *DFP*, 1997, núm. 3, parte seconda, pp. 1130-1176.

Artículo dedicado a la anotación como nuevo sistema publicitario del régimen patrimonial de la familia. (A.R.G.)

ERBARTH, A.: «Die Benutzungsvergütung des die Ehwohnung verlassenden Ehegatten bei Bestehen eines dinglichen Wohnrechts», *NJW*, 1997, pp. 974-977.

La remuneración del uso de la vivienda matrimonial a un cónyuge y la existencia de un derecho imperativo a la vivienda.

El Derecho de familia alemán está, desde su reestructuración en 1977, en el centro del interés del Derecho civil general. Los problemas se presentan con respecto a la armonización del Derecho de familia con el Derecho de obligaciones o el Derecho de cosas, que subyacen en numerosas ocasiones. El problema que plantea este artículo, bajo qué presupuestos la vivienda matrimonial dejada a un cónyuge garantiza a la otra parte una remuneración por su uso, se muestra especialmente interesante, a la vez que poco claro. La adición del § 1361 b del BGB por ley de 20 de febrero de 1986, pone en el centro de la cuestión las relaciones con el Derecho de obligaciones y de cosas, antes aludidas. (M.P.G.R.)

FULCHIRON: «Réformes législatives et permanence des pratiques: à propos de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janvier 1993», *RDS*, 1997, núm. 42, pp. 363-369.

Pone de manifiesto cómo las relaciones entre el niño y los padres, tras el divorcio, siguen conservando el esquema clásico y compara el contenido de esta relación antes y después del divorcio. (I.S.P.)

GAZZONI, F.: «Art. 17 c.c. e acquisti dell'Ordine di Malta - nota a Cass. 30 gennaio 1997 n. 944», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2167-2172. (R.D.R.)

GIACALONE, G.: «Inapplicabilità della presunzione muciana ai coniugi in regime di separazione dei beni - nota a Cass., sez. un., 12 giugno 1997 n. 5291», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2096-2101. (R.D.R.)

— «Sul dovere di fedeltà dei coniugi dopo la separazione - osservazione a Cass. 18 settembre 1997 n. 9287», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2388-2390. (R.D.R.)

GUSTAPANE, A.: «Costituzione e procreazione artificiale», *Archiv. Giurid.*, 1997, II, pp. 193-281.

Consideraciones generales sobre la admisibilidad de la procreación artificial, en el marco constitucional, tratando también el punto de vista bioético (el conflicto entre el interés de la potencial madre y el interés del posible hijo). El autor describe los problemas de filiación que se pueden plantear en los casos de procreación artificial (hace referencia a la procreación natural, primero, y a la procreación artificial, después), y hace referencia también a las cuestiones que introduce en el campo jurídico la donación de gametos. Distingue entre los aspectos jurídicos de la inseminación artificial homóloga y de la heteróloga. (C.J.D.)

LEPRE, A.: «Diritto all'assegno di divorzio e convivenza *more uxorio post divortium*», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 897-905.

Problema relativo a la subsistencia de la pensión de divorcio, cuando el beneficiario de ella comienza una convivencia *more uxorio*, en cuyo ámbito recibe continuamente asistencia económica. (A.R.G.)

LEVENEUR: «Les dangers du contrat d'union civile ou sociale», *SJ*, 1997, núm. 50, I-4069, pp. 513-515.

Análisis de los peligros que puede entrañar la aprobación de las proposiciones de ley relativas a los contratos de unión civil o de unión civil social. El autor aboga por la defensa del matrimonio. (R.A.R.)

MANTOVANI, M.: «Separazione personale, sequestro e poteri del G.I.», *NLCC*, 1997, núm. 3, pp. 629-635.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 19 de julio de 1996, núm. 258, sobre el secuestro de parte de los bienes del cónyuge obligado a satisfacer una pensión de mantenimiento en un proceso de separación matrimonial, en la que se declara ilegítimo el artículo 156.6 CC en la parte que no lo prevé. (R.D.R.)

MONETA, P.: «Ritorna il riconoscimento civile dello scioglimento canonico del matrimonio non consumato?», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 968-982.

Debate relativo a la jurisdicción estatal sobre resoluciones canónicas matrimoniales. (A.R.G.)

MOOS: «Des aléas de l'allocation et du calcul de la prestation compensatoire», *GP*, 1997, núms. 339-340, pp. 2-7.

La prestación compensatoria antes y después de la reforma de 1975. Su sentido en la actualidad y la interpretación de la jurisprudencia. (I.S.P.)

MORELLI, R. M.: «Sulla competenza per la revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori - osservazione a Cass. 11 aprile 1997 n. 3159», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2449-2450. (R.D.R.)

NEIRINCK: «Les filiations électives à l'épreuve du droit», *SJ*, 1997, núm. 49, I-4067, pp. 501-506.

La autora analiza las consecuencias de la puesta en vigor de las leyes núm. 94-654, de 29 de julio de 1994, y núm. 96-604, de 5 de julio de 1996, sobre procreación asistida y adopción en materia de filiación. (I.S.P.)

PATTI, S.: «Cento anni del codice civile tedesco: il diritto di famiglia», *RDC*, 1997, núm. 5, parte prima, pp. 677-690.

Acercamiento al derecho de familia del BGB con un breve recorrido por su evolución y reformas. Líneas fundamentales, el principio del *Grundgesetz* y la influencia en el sistema italiano. (R.D.R.)

PICARDI, F.: «Comunione legale e acquisto personale di beni immobili o mobili registrati - nota a Cass. 25 ottobre 1996 n. 9307», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2888-2896. (R.D.R.)

RUSO, E.: «Nuove considerazioni sull'oggetto della comunione legale», *RDC*, 1997, núm. 5, parte prima, pp. 671-676.

Breve reflexión sobre el régimen económico matrimonial de la comunidad de bienes, su naturaleza jurídica, la libertad y autonomía de los cónyuges y sus efectos respecto de la adquisición y distribución de bienes en los diferentes momentos de operatividad. (*R.D.R.*)

— «Negozi familiari e procedimenti giudiziali attributivi di efficacia», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 1047-1060.

Acuerdos de separación no homologados por el juez: reconocimiento de la autonomía negocial de los cónyuges. (*A.R.G.*)

— «Nuove considerazioni sull'oggetto della comunione legale», *DFP*, 1997, parte segunda, pp. 1106-1112.

Artículo dedicado a la naturaleza dispositiva del régimen económico de comunión legal y al fundamento de la misma, así como a los valores de la libertad y autonomía del cónyuge en el matrimonio. (*A.R.G.*)

SCARDULLA, F.: «Del fondato timore che un valido accordo dei coniugi separandi sull'educazione della prole possa essere pregiudicato da un'erronea pronuncia del Tribunale», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 1060-1068.

Autonomía negocial de los cónyuges en materia de separación matrimonial. (*A.R.G.*)

VANDEGHINSTE: «Délégation d'autorité parentale en vue d'une adoption: une procédure encore trop méconnue», *GP*, 1997, núms. 339-340, pp. 19-25.

Estudio a propósito de la decisión de la Corte de Apelación de Grenoble de 13 de mayo de 1997 sobre adopción diferida tras la reforma de 1996. (*I.S.P.*)

VAREILLE: «Régimes matrimoniaux», *RTDC*, 1997, núm. 2, pp. 494-498.

Notas a diversas sentencias sobre la materia. (*R.A.R.*)

— «Régimes matrimoniaux», *RTDC*, 1997, núm. 3, pp. 725-731.

Notas a diversas sentencias sobre la materia. (*R.A.R.*)

— «Régimes matrimoniaux», *RTDC*, 1997, núm. 4, pp. 985-990.

Notas a diversas sentencias sobre la materia. (*I.S.P.*)

VERONESI, S.: «La separazione dei beni nell'ordinamento inglese», *RDC*, 1997, núm. 4, parte prima, pp. 639-657.

Breves observaciones sobre la legislación inglesa de redistribución de los bienes entre los cónyuges, en el momento de la disolución del matrimonio, y el poder de la autoridad judicial en dicho ámbito.

Referencias a la *Law of Intestacy*, la *Matrimonial Property Law* y la *Matrimonial Proceedings and Property Act*. (*R.D.R.*)

DERECHO DE SUCESIONES

PATARIN: «Successions et libéralités», *RTDC*, 1997, núm. 2, pp. 478-493.

Notas a diversas sentencias sobre la materia. (*R.A.R.*)

— «Successions et libéralités», *RTDC*, 1997, núm. 3, pp. 713-724.

Notas a diversas sentencias sobre la materia: indivisión y partición de la herencia, revocación de donaciones, etc. (*R.A.R.*)

— «Successions et libéralités», *RTDC*, 1997, núm. 4, pp. 973-984.

Notas a diversas sentencias sobre la materia: cesión por un heredero de los derechos indivisibles sobre los bienes de la herencia. (*I.S.P.*)

PERCHINUNNO, R.: «Natura giuridica ed effetti della pubblicità nel registro generale dei testamenti», *RDC*, 1997, núm. 5, parte seconda, pp. 529-539.

Estudio del régimen de publicidad registral del testamento, ante la perspectiva de reforma: naturaleza jurídica, formalismo, eficacia material, inscripción, responsabilidad por violación de la obligación de inscripción, revocación, etc. (*R.D.R.*)

VARIAS

AA. VV.: «La Chine et le Droit. Les évolutions récentes», *GP*, 1997, núms. 348-350, pp. 4-61.

Número especial monográfico sobre el ordenamiento jurídico chino en sus distintas ramas: civil, penal, mercantil, laboral y fiscal. (*R.A.R.*)

— «La publicité», *GP*, 1997, núms. 325-326, pp. 2-22.

Número especial sobre la publicidad por Internet y su incidencia en el ámbito jurídico. Problemas que se plantean en los diversos ordenamientos jurídicos (Francia, Alemania, Italia, España, Bélgica y Suiza). (*R.A.R.*)

ASTONE, F.: «Direttive comunitarie, rapporti tra privati e principi generali dell'ordinamento», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte primera, pp. 736-741.

Efectos de las Directivas comunitarias en las relaciones entre particulares. (*A.R.G.*)

BEYER, Th.: «Gemeinschaftsrecht und Umweltschutz nach Maastricht», *JuS*, 1997, pp. 294-298.

Derecho comunitario y protección del medio ambiente después de Maastricht.

El artículo se vale de esenciales aspectos del Tratado de Maastricht con consecuencias en el campo de los fundamentos contractuales de la política medioambiental comunitaria. Enlaza con anteriores consideraciones sobre el Derecho comunitario y la protección del medio ambiente en los actos de la Unión Europea. (*M.P.G.R.*)

BLECKMANN, A.: «Die Wahrung der nationalen Identität im Unions-Vertrag», *JZ*, 1997, pp. 265-269.

El valor de la identidad nacional en el contrato de la Unión.

El concepto de identidad nacional contiene en su núcleo esencial una garantía del contenido esencial para los Estados nacionales en relación con el principio de diversidad cultural, al mismo tiempo que garantiza la existencia de una sociedad multicultural en Europa. (*M.P.G.R.*)

BÖHM: «Voraussetzungen einer Staatshaftung bei Verstößen gegen primäres Gemeinschaftsrecht», *JZ*, 1997, pp. 53-60.

Presupuestos de una responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario primario. (*M.P.G.R.*)

BÜDENBENDER, U.: «Die Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche», *JuS*, 1997, pp. 481-490.

La prescripción de las acciones civiles.

La prescripción de las acciones civiles tiene un importante significado, ya que muchas veces evita una previsible demanda judicial. Este trabajo se ocupa de la prescripción, describe sus elementos esenciales (plazos, su comienzo y su fin, fundamentos para la suspensión y la interrupción de la prescripción), así como sus propuestas de reforma; así consigue dar un panorama sistemático y cerrado del Derecho relativo a la prescripción. (*M.P.G.R.*)

CAVANA, P.: «A proposito di pluralismo scolastico: i contributi regionali alle scuole materne private davanti alla Corte Costituzionale», *DFP*, 1997, núm. 3, parte primera, pp. 861-888.

Comentario a *T.A.R. Emilia Romagna* de 1 de abril de 1997 sobre laicidad del Estado y financiación pública de los colegios privados. (*A.R.G.*)

CHIARLONI, S.: «Brevi annotazioni iconoclastiche sui rapporti tra giuristi e legislatore», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte segunda, pp. 407-411.

Juristas y legislador. Pensamiento jurídico e innovación legislativa en el proceso de producción del derecho. (*A.R.G.*)

DAHLHOFF, G.: «Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen extraterritoriale Schuldner in Deutschland», *BB*, 1997, pp. 321-326.

En este artículo se plantean las posibilidades de interposición de demandas civiles contra Estados extranjeros, organizaciones internacionales, sus agentes, incidiendo, fundamentalmente, en las cláusulas jurisdiccionales y arbitrales. (*M.P.G.R.*)

ERNST, S.: «Wirtschaftsrecht im Internet», *BB*, 1997, pp. 1057-1062.

El Derecho económico en Internet.

Ningún tema es en este momento discutido con más pasión, perspectivas, esperanzas o ilusiones que el futuro de nuestra sociedad de medios y de información y las posibilidades de las redes internacionales de datos. El artículo desea mostrar algunos problemas jurídicos que pueden ser significativos en el momento presente de Internet. (*M.P.G.R.*)

FEIBER, O.: «Neues Recht für Fristen und Termine», *NJW*, 1997, pp. 160-163.

El año 1997 trajo una importante modificación del Derecho constitucional procesal: la anulación de las vacaciones de los tribunales. Este artículo diseña las vinculaciones históricas y de política jurídica de la reforma, presentando el contenido y los fines de las nuevas normas, y aclarando sus consecuencias para la práctica del Derecho procesal civil. (*M.P.G.R.*)

MARTIN: «Chronique d'actualité: Droit de la profession d'avocat», *SJ*, 1997, núms. 31-35, I-4041, pp. 349-352.

La profesión de abogado en Francia, vista desde el punto de vista de la legislación comunitaria y nacional, así como desde la jurisprudencia de la Corte de Casación civil, mercantil y penal. (*R.A.R.*)

MENGOZZI, P., y otros: «Rassegna di trattati internazionali di interesse privatistico», *NLCC*, 1997, núm. 3, pp. 715-749.

Reseñas de tratados internacionales, multilaterales y bilaterales, vigentes en Italia según las leyes de ratificación y adaptación y los comunicados de entrada en vigor, aparecidos en la *G.U.* del 1 de julio de 1995 al 30 de junio de 1996. (*R.D.R.*)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Primo quadrimestre 1997», *RDC*, 1997, núm. 5, parte seconda, pp. 573-591.

Reseña de jurisprudencia referente a diferentes materias. (*R.D.R.*)

MORANI, G.: «Sul riparti di competenze fra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni», *DFP*, 1997, núm 3, parte segunda, pp. 1209-1222.

Naturaleza de la competencia del Tribunal de menores y de la familia. (*A.R.G.*)

PEIFFER, Th.: «Die Entwicklung des Internationalen Vertrags- Schuld- und Sachenrechts in den Jahren 1995/96».

El desarrollo del Derecho internacional de contratos, responsabilidades y Derechos reales en los años 1995-1996. (*M.P.G.R.*)

SCHNEIDER, U. H.: «Il quadro di riferimento giuridico per l'introduzione dell'Euro», *BBTC*, 1997, V, parte prima, pp. 585-602.

El autor aborda el tema del cambio de la moneda, como consecuencia de la entrada en circulación del euro. Algunos aspectos normativos, otros relativos al euro como moneda en curso, así como la incidencia del cambio de moneda sobre los contratos (anteriores o posteriores) y el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, son algunos de los aspectos que se someten a estudio. A la vez, el autor analiza algunos puntos relativos a la adaptación de los ordenamientos nacionales a la nueva situación monetaria. (*C.J.D.*)

TOMEI, R.: «Prolegomeni a uno studio sull'ingiustificato arricchimento nel Diritto pubblico», *Archiv. Giurid.*, 1997, II, pp. 315-357.

La acción de enriquecimiento injusto, ejercitada frente a la administración pública, tiene sus caracteres propios que la distinguen de la acción prevista

en el Código civil de 1942. Desde un punto de vista histórico-jurídico, el autor aborda este tema interdisciplinar, en el que se mezclan Derecho público y privado. (C.J.D.)

VETTORI, G., y otros: «Rassegna di giurisprudenza sulla legittimità costituzionale di norme privatistiche», *NLCC*, 1997, núm. 3, pp. 665-714.

Reseña de jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre legitimidad constitucional de normas relativas a diferentes materias de Derecho Privado. (R.D.R.)

VOIT, W.: «Privatisierung der Gerichtsbarkeit», *JZ*, 1997, pp. 120-125.

La privatización de la jurisdicción.

La eliminación de la jurisdicción estatal a través de acuerdos en los que la controversia jurídica se decide mediante el arbitraje, y la posición paritaria del laudo arbitral en una decisión jurisdiccional, ponen de relieve la cuestión relativa a la legitimación del arbitraje privado. Esta pregunta, que concierne igualmente a las relaciones entre el arbitraje privado y la jurisdicción estatal, no puede dejar de ser contestada tomando como fundamento las nuevas reglas del Derecho procesal del arbitraje. (M.P.G.R.)

ZUCK, R./LENZ, Ch.: «Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz gegen Europa. Prozessuale Möglichkeiten vor den Fachgerichten und dem BVerfG gegen Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft», *NJW*, 1997, pp. 1193-1200.

Protección jurídica constitucional frente a Europa. Posibilidades procesales ante los tribunales y ante el Tribunal Constitucional frente a los actos jurídicos de la Unión Europea.

Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que resolvió el conocido como *Caso Maastricht*, el alto Tribunal reclama para sí la decisión sobre la aplicación del Derecho derivado de la Unión Europea, al menos en determinadas constelaciones de casos (salvaguardia del sistema de competencias, insuficiente protección de derechos fundamentales, etc.). Según los autores de esta contribución, para el ciudadano de la Unión que busca protección jurídica en Alemania es secundaria la, hasta ahora, discutida cuestión de decidir qué juez o tribunal (el alemán o el Tribunal de Justicia de las Comunidades), tiene mejor «derecho»; lo que le interesa es saber qué posibilidades de protección pueden obtener con la incorporación del Tribunal Constitucional alemán, tema al que pretende responder en el trabajo. (M.P.G.R.)

ZULEEG, M.: «Bananen und Grundrechte- Anlaß zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit», *NJW*, 1997, pp. 1201-1207.

Bananas y derechos fundamentales: ocasión para un conflicto entre la jurisdicción europea y la alemana. (M.P.G.R.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BACHASSON: «LBO et procédures collectives ou les revers de l'effet levier», *GP*, 1997, núms. 278-280, pp. 8-9.

Riesgos y dificultades de la adquisición de sociedades con efecto *Leverage Buy Out*. (*I.S.P.*)

BELLOMUNDO, C./COLOMBO, N.: «La tutela della sigla nelle associazioni non riconosciute», *FI*, 1997, núm. 9, I, pp. 2537-2543.

Artículo sobre la tutela del nombre de las personas jurídicas. (*A.R.G.*)

BRUMAT, G.: «Imitazione servile e pubblicità "iperbolica" tra disciplina codicistica e codice di autodisciplina pubblicitaria», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte primera, pp. 825-835.

Comentario a Trib. Trieste de 29 de diciembre de 1995 sobre ilicitud de la publicidad hiperbólica y actos de imitación desleal. (*A.R.G.*)

COUTANT: «Plaidoyer en faveur des tribunaux de commerce», *GP*, 1997, núms. 234-238, pp. 2-5.

El carácter excepcional de los tribunales mercantiles en Francia. Las críticas que soportan y los intentos de reforma. (*R.A.R.*)

DE VITA, M.: «La giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza nel 1996», *FI*, 1997, núm. 11, IV, pp. 439-467.

Artículo sobre prácticas restrictivas de la competencia. (*A.R.G.*)

DELACOUR: «La concurrence des personnes publiques aux entreprises privées. Principes et règles applicables en droit français», *GP*, 1997, núms. 206-207, pp. 2-7.

El desarrollo de los principios de libertad de comercio e industria y su respeto por las personas jurídico-públicas. (*R.A.R.*)

KÖGEL, S.: «Entwurf eines Handelsrechtsreformgesetzes», *BB*, 1997, pp. 793-804.

Proyecto de una Ley de reforma del Derecho mercantil.

El autor expone la situación de la reforma del Derecho mercantil en curso en el República Federal Alemana, incidiendo sobre los temas cardinales: modernización del concepto de comerciante, liberalización del derecho al nombre comercial y simplificación del Derecho del Registro Mercantil. (*M.P.G.R.*)

MALAURIE-VIGNAL: «La protection des informations privilégiées et du savoir-faire», *RDS*, 1997, núm. 26, pp. 208-211.

Se diferencia entre la información privilegiada sobre el capital intelectual de la empresa y sobre el capital económico, así como la información sobre la clientela. (*I.S.P.*)

MORRI, F.: «La Corte di Cassazione torna ad occuparsi del tema della decettività del marchio», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte primera, pp. 790-795.

Comentario a Cass. 9 de abril de 1996, núm. 3276, en materia de marcas. (A.R.G.)

VATIER: «La concurrence parasitaire», *GP*, 1997, núms. 281-282, pp. 5-9.

Ponencia presentada en la AFFIC en marzo de 1997 en la que presenta el parasitismo como un caso más de competencia desleal entre empresas, no regulada por afectar al ámbito moral. (R.A.R.)

DERECHO DE SOCIEDADES

CAMPOBASSO, G. F.: «Organizzazione di gruppo delle banche di credito cooperativo e gruppi (bancari) paritetici», *BBTC*, 1997, V, parte prima, pp. 553-566.

El autor señala que los cambios introducidos por el texto único bancario a nivel institucional, y el contexto de competencia en que se mueve, impone a la banca del crédito cooperativo un replanteamiento de su organización y actuación, de cara a incrementar su eficacia y, de otra parte, con el fin de preservar su propia identidad funcional. Después de plantear la cuestión, el autor describe la actual organización, señala otros modelos y apunta sus ventajas o desventajas. (C.J.D.)

CERA, M.: «Lo statuto speciale delle società di intermediazione mobiliare nel d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415», *BBTC*, 1997, VI, parte prima, pp. 710-729.

El autor estudia las novedades que, en materia de capital y de patrimonio, entre otros aspectos, ha supuesto la nueva normativa de las sociedades de intermediación mobiliaria. (C.J.D.)

COLLEONI, A.: «Principi di chiarezza e precisione, criteri di valutazione delle azioni proprie in portafoglio, clausole di gradimento», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte primera, pp. 856-866.

Comentario a Cass. de 3 de septiembre de 1996, núm. 8048, sobre nulidad del acuerdo de la junta de accionistas respecto a la aprobación de un balance de ejercicio no acorde con los principios legales. (A.R.G.)

IBBA, C.: «La s.r.l. unipersonale fra alterità soggettiva e separazione patrimoniale», *RDC*, 1997, núm. 5, parte seconda, pp. 541-557.

Examen de la sociedad de responsabilidad limitada con un solo socio, ante la XII Directiva CEE en materia societaria, que dota al empresario individual de un mecanismo de limitación de responsabilidad, y las dudas del legislador italiano al escoger entre el reconocimiento de un nuevo sujeto jurídico o la técnica de separación del patrimonio social. (R.D.R.)

GRANDJEAN: «Le juge et la morale des affaires en matière de droit des sociétés», *GP*, 1997, núms. 281-282, pp. 14-24.

Análisis de los problemas que se plantean ante la necesidad de moral en el ámbito interno de la empresa, entre los dirigentes y accionistas. (R.A.R.)

HAHN, V.: «Das Informationsrecht des Kommanditisten», *BB*, 1997, pp. 741-745.

El derecho de información de los socios comanditarios. (*M.P.G.R.*)

HANNES MECKEL: «Allemagne: Les actionnaires allemands à la découverte du principe de *Valeur de la Participation de l'Actionnaire*», *GP*, 1997, núms. 262-263, pp. 11-12.

Los derechos de los accionistas individuales ante la Ley de sociedades por acciones. (*I.S.P.*)

KHATIB-SHAHIBI, S./BÖGNER, W.: «Die rechtsmißbräuchlich oder zur Unzeit erklärte Amtsniederlegung des Geschäftsführers einer GmbH», *BB*, 1997, pp. 1161-1165.

La dimisión abusiva o intempestiva del administrador de una sociedad de responsabilidad limitada. (*M.P.G.R.*)

NICCOLINI, G.: «In tema di rinvio dell'assemblea e di applicabilità dell'art. 2241 cc. alla s.r.l. (con una postilla sui termini di convocazione dell'assemblea di s.r.l.)», *RDC*, 1997, núm. 5, parte seconda, pp. 593-619.

Comentario a la sentencia Trib. Viterbo, de 29 de enero de 1997. (*R.D.R.*)

NUZZO, E./RUSSO, P.: «Profili civili e fiscali della ricapitalizzazione di partecipata totalitaria mediante copertura delle perdite», *BBTC*, 1997, V, parte prima, pp. 623-631.

Dictamen sobre la recapitalización mediante cobertura de pérdidas. Desde una perspectiva eminentemente práctica, el autor se refiere a los aspectos civil y fiscal de la cuestión, a las atribuciones atípicas y al precio de las participaciones. Se refiere también a la remisión de deudas y, en particular, al distinto régimen de las sociedades personalistas y las de capital en relación con la valoración de los títulos. (*C.J.D.*)

PAVONE LA ROSA, A.: «Divagazioni in tema di "controllo" e "gruppo" nelle aggregazioni societarie», *CI*, 1997, núm. 2, pp. 508-521.

La categoría de los vínculos de control societario en el artículo 2359 del Código Civil. El control societario en la ley sobre el balance consolidado de grupo. Relaciones entre control y grupo. Transformación de sociedades operativas en *holding*. La adquisición del paquete de control y la absorción de la sociedad participada en una agregación de grupo. (*A.R.G.*)

PIROVANO: «La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise?», *RDS*, 1997, núm. 24, pp. 189-196.

Comparación de lo que se denomina interés social con el interés de la empresa y con el interés común. El interés social va más allá que el interés de la empresa. Interés común se contrapone al interés de ciertos socios. (*I.S.P.*)

RICCIO: «Italie: Nouvelle base légale italienne concernant les Fédérations sportives professionnelles», *GP*, 1997, núms. 262-263, pp. 13-14.

Breves notas a la Ley núm. 586, de 18 de noviembre de 1996, en el que se instituye el estatuto jurídico de las federaciones deportivas profesionales. (*I.S.P.*)

SALAFIA, V.: «E inammissibile la simulazione delle società di capitali? - nota a Cass. 28 aprile 1997 n. 3666», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2129-2132. (R.D.R.)

— «Mancata contestazione della legittimazione attiva. Contenuto del verbale dell'assemblea dei soci delle società per azioni. Legittimazione dei soci dissenzienti ad impugnare le determinazioni dell'assemblea - osservazioni a Cass. 20 giugno 1997 n. 5542», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2747-2750. (R.D.R.)

SESTER, P.: «Zustimmungspflicht und Zustimmungsfiktion bei Personengesellschaften», *BB*, 1997, pp. 1-6.

Deber de consenso y ficción de consenso en las sociedades de tipo personalista. (M.P.G.R.)

VIANDIER/CAUSSAIN: «Chronique d'actualité: Droit des sociétés», *SJ*, 1997, núm. 52, I-4074, pp. 545-550.

Análisis de la jurisprudencia francesa más reciente sobre el tema. (I.S.P.)

— «Chronique d'actualité: Droit des sociétés», *SJ*, 1997, núm. 43, I-4058, pp. 442-448.

Notas a algunas decisiones jurisprudenciales recientes sobre la materia. (I.S.P.)

VIDIRI, G.: «Soci accomandatari e amministrazione della società in accomandita semplice - nota a Cass. 28 giugno 1997 n. 5790», *GC*, 1997, núm. 11, pp. 2738-2741. (R.D.R.)

— «Sull'ammissibilità del sequestro giudiziario di quote di società personali - nota a Cass. 30 gennaio 1997 n. 934», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2179-2182. (R.D.R.)

— «Sulla rappresentanza (sostanziale e processuale) degli amministratori nelle società per azioni e nelle cooperative - nota a Cass. 17 aprile 1997 n. 3305», *GC*, 1997, núm. 9, pp. 2139-2143. (R.D.R.)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

CAPRIGLIONE, F.: «U.M.E. e riforme del "sistema banca centrale": l'ufficio italiano dei cambi tra passato e avvenire», *BBTC*, 1997, VI, parte prima, pp. 677-693.

Ensayo sobre la evolución de la Oficina italiana del cambio (*Ufficio italiano dei cambi*, entidad que a su vez es parte integrante del sistema bancario central), y valoración de su funcionalidad pasada, presente y futura. Dentro del debate abierto acerca de si procede suprimir esta institución, en el marco de la entrada en circulación de la moneda única, el autor se pronuncia a favor de su permanencia. (C.J.D.)

GRELON: «Les banques en difficulté», *RDS*, 1997, núm. 25, pp. 198-201.

Sobre la prevención de la quiebra y el tratamiento de la quiebra. (R.A.R.)

CONTRATOS MERCANTILES

BALZANO, A.: «Il contratto di assicurazione alla luce dei decreti legislativi nn. 174 e 175 del 17 marzo 1995», *CI*, 1997, núm. 2, pp. 777-875.

Modificaciones de los citados decretos legislativos en materia de contrato de seguro, en concreto mediante la introducción del principio de licencia única para las compañías pertenecientes a los Estados de la Comunidad. (A.R.G.)

BILLIAU: «Aperçu rapide sur le décret n° 97-509 du 21 mai 1997. Modalités d'application du gage des comptes d'instruments financiers», *SJ*, 1997, núm. 27, actualités.

Estudio del Decreto citado por el que se desarrolla el artículo 102 de la ley de 2 de julio de 1996 que reemplaza la prenda de valores mobiliarios por la prenda de cuentas de instrumentos financieros: condiciones de validez y oponibilidad a los terceros; su realización, etc. (I.S.P.)

BODEWIG, Th.: «Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses», *BB*, 1997, pp. 637-644.

La acción de compensación del franquiciado a la finalización de las relaciones contractuales. (M.P.G.R.)

BÜSER, F.: «Rechtliche Probleme im Rahmen der Datenübermittlung beim Franchising», *BB*, 1997, pp. 213-218.

Problemas jurídicos en el marco de la transmisión de datos a través del contrato de franquicia. (M.P.G.R.)

COURTIEU: «Le double piège de l'article 112-2 C. assur», *GP*, 1997, núms. 260-261, pp. 4-6.

Aparición de un riesgo nuevo y modificación del seguro, según la sentencia de 14 de noviembre de 1995 de la sala 1.^a de lo civil. La garantía inmediata y la retroactividad del derecho. (R.A.R.)

DOUCET: «Les clauses d'exclusivité dans les contrats de diffusion/distribution du livre», *GP*, 1997, núms. 346-347, pp. 2-3.

El carácter excepcional que hoy han de tener las cláusulas de exclusividad en estos contratos a la vista de las nuevas decisiones del Consejo de la Competencia. (R.A.R.)

EMMERICH, V.: «Der Handelskauf», *JuS*, 1997, pp. 98-102.

El HGB dedica a la compraventa mercantil, a pesar de su sobresaliente significado práctico, los escasos preceptos que van del § 373 al 382. Con ello se desvía de una forma característica de su precedente, el HGB de 1861, en el que se incluían en los §§ 337 y siguientes detalladas reglas sobre la compraventa mercantil, con las que al menos en el importante campo de la compraventa, se conseguía el fin de superar la parcelación jurídica existente en Alemania. Ahora se puede recurrir, no obstante, en gran medida como modelo a las normas del BGB en materia de compraventa, de modo que al HGB sólo le queden algunas cuestiones a regular. (M.P.G.R.)

HERBERT, M.: «Neues zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters», *BB*, 1997, pp. 1317-1323.

Nuevas aportaciones sobre la demanda de compensación del comisionista. El autor analiza las conclusiones del BGH en materia de compensación entre el comisionista y los empresarios para los supuestos en los que se impugna la relación contractual por fraude o en el caso en el que es el comisionista quien rescinde el contrato por causa de enfermedad. (*M.P.G.R.*)

LE CAË: «Nature juridique et responsabilité du sous-agent d'assurance», *GP*, 1997, núms. 260-261, pp. 6-9.

El regimen jurídico del subagente y su responsabilidad.

LERNER, G.: «Contratto di agenzia, clienti "diretti" e clienti "direzionali"», *FI*, 1997, núm. 10, I, pp. 2940-2945.

Nota a Cass. de 20 de mayo de 1997, núm. 4504, sobre el contrato de agencia. (*A.R.G.*)

LEVERENZ, K.: «Zehn- und Fünfjahresverträge bei Unfall und Schadensversicherungen», *NJW*, 1997, pp. 421-426.

Los contratos de seguro de accidentes y de daños por cinco y diez años. Las cláusulas preformuladas de los contratos de seguro son en estos últimos años analizadas por la jurisprudencia, sobre todo del BGH. El artículo traza este desarrollo y muestra las consecuencias prácticas en una cambiante legislación en materia de seguros. (*M.P.G.R.*)

SALINAS, C.: «Il pegno "omnibus"», *BBTC*, 1997, V, parte prima, pp. 603-622.

El artículo trata de dar respuesta a la cuestión de la validez de la cláusula que aparece normalmente en las condiciones generales de los contratos realizados por la banca italiana para la constitución de un derecho de prenda y de retención en favor de la banca, en garantía de cualquier crédito frente al cliente, sobre todos los títulos o valores de su pertenencia que, por cualquier razón, estén en manos de la entidad de crédito. (*C.J.D.*)

STRATMANN, H.: «Internet domain names oder der Schutz von Namen, Firmenbezeichnungen und Marken gegen die Benutzung durch Dritte als Internet-Adresse», *BB*, 1997, pp. 689-693.

Dominios de Internet o protección del nombre. Denominación de empresas y marcas frente al uso por terceros de direcciones de Internet. (*M.P.G.R.*)

THUME, K. H.: «Die geplante Neuregelung des Transportrechts», *BB*, 1997, pp. 585-589.

Proyecto de nueva regulación del Derecho de transportes. (*M.P.G.R.*)

DERECHO CONCURSAL

ARMAND-PREVOST: «La transparence dans les procédures collectives: Le point de vue du juge», *GP*, 1997, núms. 281-282, pp. 10-14.

Ponencia presentada en la AFFIC de marzo de 1997 sobre el papel del juez en los procedimientos de quiebra empresarial. (*R.A.R.*)

BARCELLONA, E.: «Il conto corrente del fallito: tra disciplina dell'inefficacia e disciplina dei beni sopravvenuti», *BBTC*, 1997, VI, parte prima, pp. 730-763.

Tras la apertura del procedimiento concursal, el empresario declarado en quiebra, despojado de sus bienes, queda privado del poder de disposición y administración de los mismos y su actividad es —en principio, señala el autor— ineficaz en relación con los acreedores. En tales circunstancias puede ocurrir que el empresario continúe su actividad empresarial sin que los órganos de la quiebra tengan conocimiento de ello. Puede ocurrir también que durante ese período el quebrado, en el ejercicio de esa actividad, tenga relaciones contractuales con algún banco, realizando un contrato de cuenta corriente sin crédito en descubierto, en la que —de una parte— efectúa las entregas de dinero que van a constituir o a reponer la provisión, y en la que —de otra parte— emite los pagos a favor de terceros, regularmente pagados por el banco. El autor plantea este problema y analiza las soluciones. (*C.J.D.*)

CABRILLAC/PÉTEL: «Redressement et liquidation judiciaires des entreprises», *SJ*, 1997, núm. 41, I-4054, pp. 417-424.

Análisis jurisprudencial del tema tomando como referencia las decisiones judiciales más recientes. (*I.S.P.*)

— «Chronique d'actualité: Redressement et liquidation judiciaires des entreprises», *SJ*, 1997, núm. 24, I-4029, pp. 260-266.

Análisis de los distintos problemas planteados en los supuestos de insolvencia de las empresas desde el punto de vista de la jurisprudencia francesa. (*R.A.R.*)

DIDONE, A.: «Osservazioni in tema di fallimento e nuovo art. 40 c.p.c. - osservazione a Cass. 11 aprile 1997 n. 3161», *GC*, 1997, núm. 10, pp. 2443-2445. (*R.D.R.*)

GIACALONE, G.: «Banca e curatore del fallimento: ovvero il bastone e la carota - nota a Cass. 22 maggio 1997 n. 4598», *GC*, 1997, núms. 7-8, pp. 1782-1785. (*R.D.R.*)

HONORAT: «Redressement et liquidation judiciaires», *RDS*, 1997, núm. 27, pp. 213-216.

Comentarios a diversas sentencias sobre quiebra y liquidación judicial.

LO CASCIO, G.: «Atti inefficaci nel concordato preventivo e fallimento consecutivo - nota a Cass. 2 aprile 1997 n. 2854», *GC*, 1997, núms. 7-8, pp. 1802-1808. (*R.D.R.*)

LUCCHINI GUASTALLA, E.: «Sull'esonazione dalla revocatoria fallimentare di cui all'art. 20, l. 30-7-1959, n.623», *NGCC*, 1997, núm. 5, parte prima, pp. 758-764.

Comentario a Trib. Verona de 19 de diciembre de 1996 sobre quiebra y actos perjudiciales para los acreedores. (*A.R.G.*)

OLIVIERI, G.: «Revocatoria delle rimesse in conto e individuazione del "saldo disponibile": il ruolo dei sistemi di pagamento», *BBTC*, 1997, VI, parte prima, pp. 694-709.

En el marco más amplio de las entidades de crédito y el procedimiento concursal, este estudio se centra en la revocación de las transferencias en cuenta,

tomando como punto de referencia y apoyo la jurisprudencia reciente sobre la materia. El autor se refiere a los distintos sistemas de pago, en general, y al pago a través de la Cámara de compensación, en particular. Todo ello con el fin de valorar la contribución de la evolución de los sistemas de pago a la solución del problema relativo a la individuación del saldo relevante cuando se trata de revocar la transferencia en cuenta corriente. (C.J.D.)

PARZIA, G.; «Le azioni del curatore fallimentare per acquisire documenti bancari», *BBTC*, 1997, V, parte prima, pp. 567-584.

¿Tiene poder el síndico para exigir del banco la documentación de su relación con el quebrado? El autor ha estudiado los principios sobre los que se asienta esta facultad y los problemas de derecho material y procesal que existen al respecto, el fundamento de ese poder y la normativa aplicable, así como los límites del derecho del cliente fijados en el artículo 119 del texto único bancario, entre otros aspectos. (C.J.D.)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Archiv. Giur.	Archivo Giuridico
BB	Betriebs Berater
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di Credito
CI	Contratto e Impresa
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di autore
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
JuS	Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung
JZ	Juristen Zeitung
LC	Loyer et Copropriété
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le nuove Leggi Civile Commentate
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDIm.	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé.
RTDC	Revue Trimestrelle de Droit Civil
RTDC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrechts und Wirtschaftsrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 1996

A cargo de Encarna **ROCA TRÍAS**

Colaboran **Ramón CASAS VALLÉS**, **Guillem GUARDIA VIDAL**,
Isabel MIRALLES GONZÁLEZ y **Mònica VILASAU SOLANA**

STC 4/1996, 16 de enero («BOE» de 19 de febrero de 1996).

RA.

Se otorga el amparo.

Ponente: Delgado Barrio.

Artículo 20.1.d) CE.

Libertad de información. Ejercicio de este derecho en el marco de una relación laboral.

Voto particular: Jiménez de Parga y Cabrera.

En la sección «Cartas al Director» de los diarios «El País» y «El Mundo», se publicaron sendas misivas que había remitido un empleado del Metro de Madrid. En ellas, idénticas, se señalaba que en el Metro se habían realizado un número realmente extraordinario de horas extras. El dato coincidía con el que uno de los miembros del comité de empresa había manifestado en una asamblea de trabajadores. La empresa sancionó al trabajador y es precisamente esa sanción confirmada por una sentencia del Juzgado núm. 11 de lo Social de Madrid, la que se impugna en este recurso. Dos son los problemas básicos que se plantean en nuestra opinión. De una parte el genérico deber de lealtad del trabajador y de otro el requisito de la veracidad de la información. En relación al primer tema señalar que «el dato del número de horas extraordinarias trabajadas no se enmarca en el cuadro de actividades de la empresa que puedan quedar excluidas al conocimiento público: nada opone aquélla en este sentido y además se trata de un hecho de indudable trascendencia pública, por afectar tan decisivamente al derecho al trabajo recogido en el artículo 35.1 CE». En relación al segundo tema, hay que señalar que en una reunión posterior se puso de manifiesto que había existido un error en el número de horas extras y que eran muchísimas menos las efectivamente realizadas. El TC entiende que «el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente o irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones» (FJ.4).

STC 6/1996, 16 de enero («BOE» de 19 de febrero de 1996).

RA.

Se deniega el amparo.

Ponente: Ruiz Vadillo.

Artículo 20.1.d) CE.

Libertad de información. Información veraz en relación con la intromisión en el derecho al honor.

Voto particular: Gimeno Sendra, al que se adhiere Cruz Villalón.

De algún modo esta sentencia participa de los mismos principios que la anterior, por lo que a pesar de las diferencias entre uno y otro problema, podría entenderse como colofón de aquélla. Que no se crea de estas líneas que el TC se ha apartado de sus precedentes: nada más alejado de la realidad. La línea doctrinal se mantiene desde hace ya bastantes años. El problema se plantea cuando un periodista «arrancando de una investigación policial y judicial previa», atribuye a un sujeto (que además en el momento en que se dicta la sentencia está encarcelado, en régimen de prisión provisional, por su *supuesta* participación en otro secuestro) una participación como intermediario en el secuestro de don Emiliano Revilla, indicando además en el reportaje que el *sujeto* había cobrado, en concepto de comisión u honorarios, la cantidad de 25.000.000 de pesetas. El TC considera que la revista ha hecho suya una versión de los hechos en la que se parte de que el afectado (en la vulneración al derecho al honor) ha sido intermediario en el referido secuestro, anticipando así peligrosas y graves consecuencias. El periodista no se limitó a desvelar la existencia de una investigación en curso o a reproducir asertos de otras personas suficientemente identificadas, por lo que «correspondía al medio de comunicación demostrar que la misma había sido obtenida y contrastada con un mínimo de diligencia en la verificación de su verosimilitud». Obsérvese que el límite no está en la difusión en sí del dato (compárese con la sentencia anterior), sino con la opinión que acompaña a los simples hechos. En este mismo sentido los hechos son algo distinto a la opinión sobre esos hechos, puede verse la STC 52/1996, de 26 de marzo («BOE» de 27 de abril de 1996).

STC 7/1996, 18 de enero («BOE» de 19 de febrero de 1996).

CI: Artículo 72.3 del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobada por real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo).

Se desestiman.

Ponente: González Campos.

Artículo 24.2 CE.

Derecho a no declarar contra sí mismo, en relación al deber de identificación del conductor del vehículo infractor.

Además de esta sentencia pueden verse sobre el mismo tema, el deber de identificar al conductor del vehículo infractor, los recursos de amparo que se resolvieron a través de las sentencias 9/1996, de 29 de enero, y 20/1996, de 12 de febrero. La cuestión se desestima por haber resultado ya resuelto el mismo problema en sentencia 197/1995, de 21 de diciembre.

STC 28/1996, 26 de febrero («BOE» de 2 de abril de 1996).

RA.

Se desestima el amparo.

Ponente: Viver Pi-Sunyer.

Artículos 18.1 y 20.1.d) CE.

Libertad de información y derecho al honor, en relación con el incumplimiento del deber de diligencia del periodista.

Es una más de las sentencias que contra «informaciones» de la revista «Inter-viu» se han visto obligados a dictar nuestros Tribunales. Sólo menciono la sentencia, repito una más y en el mismo sentido, para señalar que en el fundamento jurídico 3 se ha realizado por parte del tribunal un excelente resumen de las SSTC que han sido dictadas sobre el tema de la veracidad en la información, con la cita incluso por fundamentos jurídicos de los principales temas.

STC 34/1996, 11 de marzo («BOE» de 17 de abril de 1996).

RA.

Se desestima el amparo.

Ponente: Mendizábal Allende.

Artículos 20.1.d), derecho a comunicar y recibir información; 24.2 y 25.1 CE.

Libertad de información y interpretación del artículo 497 bis del Código Penal.

El director de un periódico utilizando un aparato cuyas características se desconocen consiguió captar una serie de conversaciones privadas, efectuadas a través de telefonía móvil, con la finalidad, o quizá fue sólo el resultado, de publicarlas en su periódico. Cuando resultó condenado por un delito de descubrimiento y revelación de secretos recurrió en amparo por entender infringidos varios derechos constitucionales. Por nuestra parte sólo nos detendremos en uno de ellos: el problema de legalidad. La parte entendía que dicho principio había resultado vulnerado ya que se había recurrido a la analogía para la interpretación del tipo penal descrito en el artículo 497 bis del Código Penal, extendiendo su ámbito más allá de la letra, que sólo contempla las comunicaciones telefónicas a través de cable, pero no las inalámbricas. El TC comparte el criterio seguido tanto por el juez como por la Audiencia que en resumen señalan *«las comunicaciones entabladas por telefonía móvil automática deben ser consideradas comunicaciones telefónicas. El teléfono inalámbrico de estas características es eso, un teléfono, aunque el sonido no se transmita por cable [...] los tipos penales introducidos por la reforma [...] castiga no sólo la interceptación de las comunicaciones telefónicas, sino también la utilización de instrumentos técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, hecho típico este que no se limita a la telefonía, sino que afecta a la captación de cualquier comunicación oral privada»*. Por tales razones entiende el TC (FJ. 5) que no se ha producido una extensión analógica del tipo delictivo.

STC 39/1996, 11 de marzo («BOE» de 17 de abril de 1996).

RA.

Se estima el amparo.

Ponente: Vives Antón.

Artículo 24.1 CE.

Tutela judicial efectiva, en relación con la notificación a través de terceras personas.

El problema es bien sencillo: determinar si la recurrente en amparo ha sufrido o no una lesión en su derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de que por no haberse practicado una notificación personal, sino a través de un vecino, se le entregó tarde una célula de notificación y no pudo recurrir la decisión judicial. Como señala el TC (FJ. 2): *«tal y como afirmamos en la STC 275/1993, los órganos judiciales, ante un caso como el suscitado en el presente recurso, no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE, que las notificaciones realizadas a través de terceras personas hayan llegado al conocimiento de la parte interesada cuando la misma cuestiona la fecha en la que le ha sido entregada la célula»*. Siendo como es un método válido de notificación, es necesario que los órganos judiciales no otorguen mecánicamente un valor absoluto al simple contenido formal de la diligencia.

STC 59/1996, 15 de abril («BOE» de 21 de mayo de 1996).

RA.

Se estima el amparo.

Ponente: Viver Pi-Sunyer.

Artículo 24.1 CE.

Tutela judicial, en relación con la excepción de cosa juzgada.

En aplicación del principio *in dubio pro reo* una persona fue absuelta en el proceso penal, pero el denunciante presentó reclamación civil que, a pesar de que fue desestimada en Primera Instancia, fue apreciada por la Audiencia en base al siguiente razonamiento: (Al no existir pruebas concluyentes de la autoría del delito que se persigue, el tribunal) *«ha de inclinarse por la absolución del mismo, en cuyo supuesto queda abierta, sin efecto vinculante alguno, la posibilidad que ante esta jurisdicción pueda ejercitarse, exclusivamente como es obvio, la acción civil correspondiente contra la misma persona y probarse en ella que dicha persona fue el autor de los hechos, que indudablemente existieron en la vida real y física»*.

La teórica vulneración se entiende producida por haberse dictado «dos decisiones dispares e incongruentes». Pero como señala el TC en el FJ. 3: *«tan grave consecuencia sólo se produciría con la arbitraria, patentemente errónea o manifiestamente irrazonable aplicación del artículo 116 LECriminal [...] Dicho precepto cerraría la vía civil cuando en la penal se declarase la inexistencia del hecho que pudiera dar lugar a dicha acción, pero no cuando la absolución se dictara por la inexistencia de material probatorio suficiente»*.

STC 73/1996, 30 de abril («BOE» de 31 de mayo de 1996).

CI.

Se desestima la cuestión.

Ponente: Cruz Villalón.

Artículos 24.1, 103.1 y 163 CE.

No deben ser considerados inconstitucionales los artículos 124.3 y 137.d) de la Ley General Tributaria.

Voto particular: Cruz Villalón (se adhieren Jimenez de Parga y Delgado Barrio).

El caso no plantea perfiles especialmente interesantes, y si recogemos esta sentencia es por algunas de las precisiones que se realizan en el voto particular. En concreto interesa destacar lo siguiente: *«En su primera sentencia dictada en un procedimiento de control de Constitucionalidad el tribunal optó mayoritariamente por una respuesta original y flexible según la cual, y como regla de principio, respecto de leyes preconstitucionales “los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución” de tal manera que, respecto de ellas, no opera el mandato contenido en el artículo 163 CE. La flexibilización de la regla consistió en reconocer a los órganos judiciales la facultad, en caso de duda, de someter este tema al tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. [...] En estos momentos, por el contrario [...] la tarea exclusiva de este Tribunal de control del Ordenamiento dictado por el legislador desde 1978 puede verse demorada o entorpecida adicionalmente por la asunción del control del derecho ordenamiento anterior a dicha fecha [...] La traslación del control del derecho preconstitucional a este Tribunal no puede en modo alguno ser ya la regla».*

STC 75/1996, 30 de abril («BOE» de 31 de mayo de 1996).

RA.

Se estima el amparo.

Ponente: Cruz Villalón.

Artículo 24.1 CE.

Tutela judicial, en relación con arbitraje no consentido.

En el número recopilatorio del año anterior se resumía la sentencia 174/1995 en la que se declaraba la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del artículo 38.2 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres, por ser contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta. En la sentencia que ahora se contempla, la parte se opuso en su momento a que la reclamación –por transporte– se resolviera a través de laudo. De hecho planteó la excepción de incompetencia de la junta arbitral de transporte, pero a pesar de ello se dictó un laudo, frente al que se interpuso recurso de nulidad que fue desestimado. La demanda de amparo se dirige a conseguir que se reconozca el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales.

Como señala el TC: *«La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo.[...] Y esto es igualmente aplicable al demandado, en cuanto que, salvo que así lo haya aceptado voluntariamente, no*

se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, vulnerándose de otra manera su derecho a la tutela judicial efectiva» (FJ. 2).

STC 80/1996, 20 de mayo («BOE» de 21 de junio de 1996).

RA.

Se estima.

Ponente: Gabaldón López.

Artículo 24 CE.

Derecho a la tutela judicial efectiva en relación a la falta de citación del deudor solidario.

El recurrente plantea si en el juicio ejecutivo seguido contra él se vulneró su derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales.

El TC ya ha afirmado en diversas ocasiones que el derecho a la tutela judicial efectiva supone no solamente el derecho de acceso al proceso sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses. La citación, en la medida que hace posible la comparecencia del interesado y su defensa contradictoria, representa una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas por el órgano jurisdiccional.

La aplicación de esta doctrina al supuesto examinado conduce al otorgamiento del amparo. El Juzgado, al no poder practicar el requerimiento de pago, al deudor solidario que hoy recurre, según lo establecido en el artículo 1442 LEC, procedió al embargo sin cumplir lo preceptuado por el artículo 1443, es decir, sin proceder a la segunda diligencia ni practicar el requerimiento en cédula en la forma prevenida en los artículos 268 y 269. Tampoco adoptó diligencia alguna mediante la cual se pudiera llegar a la determinación de si la ausencia de domicilio designado significaba la ignorancia de su paradero.

No cabe, en modo alguno, compartir, dice el TC, la argumentación que formula la sentencia de apelación afirmando que bastaba la citación practicada en el domicilio de la entidad deudora. Siendo el recurrente fiador solidario la citación o emplazamiento en el domicilio del deudor principal es insuficiente desde el punto de vista del imperativo constitucional del derecho a la defensa.

En consecuencia, el fallo del TC anula las sentencias dictadas desde el momento en el que se produce la vulneración del artículo 24 y retrotrae las actuaciones al mismo.

STC 94/1996, 28 de mayo («BOE» de 21 de junio de 1996).

RA.

Denegar el amparo.

Ponente: Gimeno Sendra.

Artículos 18.2 y 24.2 CE.

Inviolabilidad del domicilio. Presunción de inocencia.

Se impugna en el presente recurso de amparo las sentencias que condenaron a la recurrente como autora de un delito contra la salud pública. Ésta alega vulne-

ración del derecho a la presunción de inocencia en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio (arts. 24.2 y 18.2 CE). Tal infracción constitucional se habría producido por cuanto la entrada en el domicilio de la recurrente de amparo se realizó sin las exigencias derivadas del concepto constitucional de flagrancia. Por tanto, la prueba obtenida como consecuencia de la entrada no autorizada en el domicilio, no debería haberse tenido en cuenta por los Tribunales y al ser insuficiente el resto de las practicadas para fundamentar la condena, las resoluciones impugnadas habrían incurrido en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El TC analiza si concurren o no los requisitos de «flagrante delito». Si bien no existe una definición exacta de dicho concepto, el TC considera que los elementos que constituyen el mismo son: i) la evidencia del delito; ii) la urgencia para impedir la consumación del delito, la posibilidad de obtener la aprehensión del presunto delincuente y/o evitar la desaparición de efectos o instrumentos del delito.

La evidencia de la comisión del delito la basa el TC en el hecho que la recurrente hubiera entrado y salido varias veces de su domicilio y del de otra coencausada e intercambiara varias veces paquetes con personas que se le acercaban. La policía pudo constatar estos hechos tras someter a la recurrente a más de cuatro horas de vigilancia. Asimismo, en el domicilio de la otra coencausada se halló droga (la que se logró aprehender cuando la poseedora de la misma intentaba arrojarla al inodoro). Según el TC, estos hechos de carácter objetivo y alejados de la simple conjetura o de la mera sospecha, permiten que la policía llegue a un conocimiento evidente de la existencia del delito.

En cuanto a la urgencia, en este caso vendría relacionada con la necesidad de evitar la desaparición de efectos e instrumentos del delito. La patente finalidad de evitar que por cualquier circunstancia otros efectos o instrumentos del delito corrieran el riesgo de desaparecer, necesidad que los citados funcionarios pudieron inferir de datos de carácter objetivo, tales como los que ya hemos enumerado, justifica plenamente la urgencia necesaria.

Por lo tanto, en el presente caso concurren las dos notas esenciales y nucleares de la noción constitucional del delito flagrante y se desestima el recurso.

STC 106/1996, 12 de junio («BOE» de 12 de julio de 1996).

RA.

Otorgar el amparo.

Ponente: González Campos.

Artículo 20.1.a) CE.

Libertad de expresión e ideario de centro hospitalario regido por una orden religiosa.

Voto particular: García-Mon y González-Regueral.

Se plantea recurso de amparo contra sentencias que confirmaron despido de la recurrente, auxiliar de clínica. Ésta alega violación del artículo 20.1.a) CE en la medida que fue despedida por las declaraciones realizadas mientras estaba trabajando en un hospital perteneciente a una orden religiosa. Los hechos tuvieron lugar cuando el sacerdote del centro hospitalario, ante la imposibilidad de los enfermos de asistir a la misa, subió a las plantas donde se encontraban éstos para

llevarles la comunión, mientras entonaba unos cantos religiosos. La auxiliar recurrente, al ver a la comitiva profirió las siguientes exclamaciones: «No sé como no les da vergüenza», «Esto parece un picnic» «Estos son los humanitarios» y «Si mi madre estuviese aquí, los denunciaría». La gravedad de las expresiones, a juicio de la dirección del hospital, traspasa los límites que consagra el artículo 20.1.a) CE ya que constituye una ofensa contra un acto religioso y justifican la sanción impuesta al tratarse de un ataque esencial al ideario de un centro regido por una orden religiosa católica. El razonamiento principal que sustenta el fallo de las sentencias recurridas resulta de una ponderación entre la libertad de expresión de la trabajadora y el ideario del centro donde ésta prestaba los servicios.

El punto de partida del TC es analizar si resulta constitucionalmente adecuada la ponderación realizada. El TC recuerda en primer lugar que únicamente se ha pronunciado acerca del ideario de un centro en relación con los centros docentes privados, en cuyo caso nos hallamos ante dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de cátedra y el derecho a la libertad de enseñanza del titular del centro (art. 27 CE). En estos casos, sí tiene sentido hablar de respeto al ideario del centro por parte del profesor es por el tipo de función que éste cumple, esto es la docencia.

El TC considera que esta doctrina no es trasladable al supuesto enjuiciado, no puede ser aplicable a un tipo de relación laboral como la que mantuvieron la ahora recurrente de amparo y su empresa.

Por un lado, el tipo de trabajo realizado no guarda una relación directa con el ideario del centro hospitalario. El trabajador en este caso cumple funciones meramente neutras y, por lo tanto, según el TC no existen dos derechos fundamentales en juego, sino que únicamente concurre un derecho fundamental, la libertad de expresión de la trabajadora, que se ejerce frente al poder de dirección del empresario y las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo. La prestación laboral que cumple la actora es meramente técnica, neutra, respecto de la ideología de la empresa. Por lo tanto, el empresario únicamente puede exigir a la trabajadora el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato laboral que las une.

En segundo lugar, señala el TC que si bien el titular del hospital es una orden religiosa, la relación laboral no se da con ésta, sino con un centro hospitalario. Esto es, con una empresa dependiente de una orden religiosa. La finalidad de dicha empresa no es la de difusión del ideario religioso sino la asistencial. Por lo tanto, no puede extenderse de forma incondicionada al centro sanitario el ideario propio de la entidad titular, aun admitiendo tanto el carácter religioso de la entidad titular del hospital como que dicho centro se halla al servicio de una finalidad caritativa.

Por lo tanto, según el TC, no es posible justificar la procedencia del despido como han hecho las resoluciones judiciales impugnadas, con fundamento en un ataque frontal al ideario del centro.

Sentado lo anterior, a continuación el TC entra a analizar si las expresiones proferidas fueron efectuadas con extralimitación del ámbito de protección que el artículo 20.1.a) CE ampara. Hay que partir de la doctrina establecida por el propio TC relativa a la libertad de expresión de los trabajadores en el marco de la relación laboral. Si bien la existencia de una relación laboral no priva a los sujetos de los derechos fundamentales reconocidos por la CE, la relación establecida puede que comporte una modulación de los mismos, esto es, el contrato de trabajo genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocos que condicionan, junto a otros, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación.

El TC considera que las expresiones vertidas, si bien pueden ser reproches molestos o hirientes, incluso despectivos, no son gravemente vejatorios. Las expresiones de la recurrente constituyeron una crítica a la decisión de subir a las plantas donde se encontraban los enfermos, en comitiva y entonando cánticos, lo que la recurrente podría reputar como negativo para el descanso, reposo y quietud de los enfermos. Finalmente según el TC tampoco puede olvidarse las particulares circunstancias de conflicto laboral existente en el centro, ya que se estaba negociando el convenio colectivo y la decisión de aportar la comunión en la forma inusual en que se llevó a cabo, podía considerarse como una reacción de censura hacia la falta de colaboración del personal sanitario que no había colaborado en preparar a los enfermos para que pudieran asistir a la misa. En atención a todos estos extremos, el TC considera que la decisión del centro hospitalario no ha sido legítima, por desproporcionada. Procede el TC a anular las resoluciones que confirmaron el despido de la recurrente de amparo.

El magistrado que formula el voto particular considera que la ponderación de los derechos en juego realizada por el TC no ha sido correcta. A su juicio, no se trata sólo del derecho de expresión de la recurrente sino también del centro hospitalario. Por lo tanto, sí debe realizarse una ponderación entre dos derechos fundamentales. A juicio del magistrado discrepante, atendiendo la especial relación que existía entre las partes, relación laboral, las ofensas verbales o físicas al empresario que tipifica el artículo 54.2.c) ET no es preciso que sean vejatorias, como exige el TC para considerar que esté justificada la sanción impuesta. Libertad de expresión no debe ser incompatible con el respeto debido a las personas. No se contraponen derechos de distinta entidad, no hay ninguna jerarquía ni subordinación de los derechos en juego. Uno y otro han debido medirse en paridad y en tales circunstancias, la prevalencia del derecho de una de las partes no puede justificarse en un apoyo constitucional que también ostentaba la otra.

En cuanto a la diferencia que se predica entre la función docente y la meramente técnica en relación al ejercicio de la libertad de expresión, el magistrado recurrente considera que ello no quiere decir que los no docentes estén excluidos del respeto debido a las ideas y creencias religiosas de quienes ostentan la dirección de la empresa en la que, conociendo el carácter religioso, se han integrado voluntariamente para la prestación de sus servicios. Entiende por lo tanto que debería desestimarse el amparo.

STC 107/1996, 12 de junio («BOE» de 12 de julio de 1996).

CI: Artículos 6, 12 y 13 de la Ley 3/93, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

Se desestima la cuestión.

Ponente: Delgado Barrio (voto particular de Rodríguez Bereijo al que se adhieren Diego González, Viver i Pi-Sunyer y Vives Antón).

Artículos 22.1 y 52 CE.

Derecho de asociación en su vertiente negativa. Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y adscripción obligatoria.

La cuestión de inconstitucionalidad planteada atañe a los artículos 6, 12 y 13 de la Ley 3/93 en cuanto implican la adscripción obligatoria a las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación.

El pronunciamiento del TC pasa por resolver sobre dos puntos en concreto: *a)* si los artículos cuestionados establecen realmente la adscripción forzosa, y *b)* en caso de que así sea, si las funciones públicas atribuidas a las Cámaras son constitucionalmente suficientes para justificar tal régimen de afiliación.

El análisis del primer punto obedece a los términos en los que aparecen redactados los artículos cuestionados. El artículo 6 establece que todos los comerciantes, industriales y nautas son electores de la Cámaras, y en cuanto tales, eligen y pueden ser elegidos para formar parte de los órganos de gobierno de la corporación. Por otro lado, el artículo 13 establece que todos los electores están obligados a pagar el recurso cameral.

A la vista de estos preceptos, el TC, como ya resolvió en la STC 179/1989 (FJ. 9), considera que la coincidencia y simultaneidad de la función electoral y la financiación de las Cámaras en unas mismas personas implica, inevitablemente, una relación de pertenencia o adscripción. En consecuencia, el sistema que recoge estos preceptos es el de la afiliación forzosa a las Cámaras.

Pasando al análisis del segundo punto en cuestión, se acude a la doctrina constitucional sentada al respecto (SSTC 67/1995, 132/1989, 139/1989 y 179/1994) de la que cabe extraer tres criterios para determinar si una asociación de creación legal, carácter público y adscripción obligatoria, resulta compatible con el respeto al principio de libertad y el derecho a la libre asociación. Estos son:

1. No puede quedar afectada la libre asociación en sentido positivo.
2. El recurso a esta forma de actuación administrativa no puede ser convertido en regla general.
3. La afiliación forzosa debe encontrar suficiente justificación, ya sea en las disposiciones constitucionales, ya en las características de los fines de interés público que persigan. Y de estas características debe resultar, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción obligatoria a un ente corporativo.

El TC considera que el único criterio del que puede derivar la inconstitucionalidad de la Ley 3/93 es el tercero y que procede examinar la cuestión tomando en consideración: por un lado los casos resueltos en las SSTC 132/1989, 139/1989, 113/1994 y por otro lado la solución de la STC 179/1994, precisamente sobre la normativa anterior de las Cámaras de Comercio.

En primer lugar, del examen conjunto de las 3 primeras sentencias citadas se deriva que la atribución de funciones públicas, en principio, puede justificar la afiliación forzosa, aunque en los casos examinados no fuera así por las notas comunes que se apreciaban en las funciones de las Cámaras: genericidad y eventualidad.

Distinto es el caso de las Cámaras de Comercio a las que se atribuyen en su artículo 2 funciones de una clara concreción, que además deberán desempeñarse con carácter obligatorio.

La STC 179/1994 reviste especial importancia en cuanto se refiere a la anterior regulación de las Cámaras de Comercio. En aquella sentencia el TC llegó a la conclusión de que ninguna de las funciones que se le atribuían eran «actividades cuyo cumplimiento no sea fácilmente atendible sin necesidad de acudir a la adscripción forzosa a un ente corporativo».

Sin embargo el TC, en la sentencia que nos ocupa, destaca que «el criterio constitucional no se limita a indagar si hay o no dificultad para que ciertas funciones o actividades puedan desarrollarse sin la adscripción obligatoria, sino que, más profundamente, impone un estudio sobre si resulta o no difícil que los fines perseguidos, los efectos pretendidos puedan obtenerse, conseguirse sin la adscripción obligatoria». (FJ 9).

Y sobre el juicio de constitucionalidad, advierte el Tribunal que siendo la dificultad para la obtención de ciertos fines un concepto jurídico indeterminado, la intensidad de este control ha de quedar matizada. De este modo, deben separarse aquellos casos en los que de forma patente no se aprecie la dificultad para conseguir unos efectos sin necesidad de afiliación obligatoria (zona de certeza negativa del concepto indeterminado dentro de la cual el Tribunal se halla legitimado para expulsar la norma del ordenamiento); de aquellos otros en los que tal dificultad puede ofrecer duda (zona de incertidumbre en la que el TC no puede destruir la presunción de constitucionalidad de la ley).

Más concretamente el TC indica:

A) Que la CE admite expresamente la legitimidad de la administración corporativa (arts. 36 y 52 CE).

B) Que los entes que integran la administración corporativa tienen su origen no en un *pactum asociationis* sino en un acto de creación estatal, y que como consecuencia de ello no pueden incardinarse sin profundas modulaciones en el ámbito de los artículos 22 y 28 CE.

C) Que es al TC a quien le corresponde controlar si existe o no dificultad para la obtención de las finalidades que deben desarrollar las Cámaras.

Finalmente entiende el TC que no puede considerarse que manifiestamente resulte inexistente la dificultad para que la totalidad de los fines atribuidos a las Cámaras pueda obtenerse sin necesidad de la afiliación obligatoria.

Voto particular de Rodríguez Bereijo al que se adhieren Diego González, Viver i Pi-Sunyer y Vives Antón.

Para estos Magistrados el juicio del Tribunal consiste igualmente en determinar si los fines y funciones establecidos por la ley justifican o no la adscripción obligatoria.

Sin embargo, discrepan de lo que llaman el principio de deferencia hacia el legislador, porque supone la abdicación de la jurisdicción constitucional sobre la Ley. Según esto, el TC quedaría dispensado de labor de identificar *prima facie* la imposibilidad o dificultad en el desarrollo de las funciones encomendadas a las Cámaras toda vez que ese juicio queda simplemente deferido al legislador y a su libre apreciación. Ello se considera extremadamente peligroso por las posibles consecuencias expansivas de esta doctrina en la protección de los derechos fundamentales y por la abundancia de formas y conceptos constitucionales indeterminados.

Después del análisis concreto de las funciones atribuidas a las Cámaras: servicio de los intereses generales del comercio; consulta, información y asesoramiento; censo y estadística para la tramitación de ayudas; colaboración con programas de formación y desarrollo del comercio exterior; debe concluirse que no resulta imposible ejercer esas funciones sin la adscripción de todos los electores y que el sacrificio que la adscripción obligatoria supone a la vertiente negativa de la libertad de asociación no se encuentra justificado.

STC 114/1996, 25 de junio («BOE» de 19 de julio de 1996).

RA.

Se otorga el amparo.

Ponente Ruiz Vadillo.

Artículo 24.1 CE.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Principios de audiencia y contradicción.

Se recurre la sentencia que condena a una compañía aseguradora al pago de las indemnizaciones correspondientes, como consecuencia de los daños producidos por su asegurado, siendo éstos constitutivos de falta.

La sentencia del juzgado de lo penal condenó al autor del daño y determinó su responsabilidad civil, sin alusión alguna a su compañía de seguros.

En trámite de apelación y, sin la intervención de la compañía aseguradora, se dictó sentencia en la que se incorporó la declaración de responsabilidad de la misma, condenándola al pago de las correspondientes indemnizaciones.

El TC recurre a su propia doctrina que considera que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta la exigencia de que en ningún momento se produzca indefensión. Concretamente para condenar a un tercero como responsable directo o subsidiario con base a la existencia de una póliza es en todo caso necesaria la audiencia del mismo, salvo que no exista oposición alguna. (FJ 2).

En este mismo sentido puede verse, entre otras, las SSTC 4/1982, 49/1984, 114/1988.

STC 119/1996, 8 de julio («BOE» de 12 de agosto de 1996).

RA.

Se desestima el amparo.

Ponente: Viver i Pi-Sunyer. (Voto particular de Viver i Pi-Sunyer al que se adhiere Vives Antón).

Artículos 15, 17.1, 20 y 25.2 CE.

Prohibición de penas o actos degradantes. Derecho a la libertad y seguridad. Derecho a la libertad de información. Orientación hacia la reeducación y reinserción de las penas y medidas de seguridad.

La demanda de amparo se basa en la posible vulneración de los derechos fundamentales a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15); a comunicar y recibir libremente información (art. 20); a reunirse pacíficamente y sin armas (art. 21); y a que la pena privativa de libertad se oriente a la reeducación y reinserción social (art. 25)

Las alegaciones relativas a los artículos 15 y 21 CE son claramente inadmisibles. En primer lugar, recuerda el TC que la calificación de tratos inhumanos o degradantes se reserva a aquellos que acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento. La privación de las comunicaciones especiales y de tenencia de un aparato de televisión en la celda no pueden englobarse en esas categorías. En segundo lugar, la posible vulneración del derecho de reunión no puede ser atendida porque no se planteó en el procedimiento que da lugar a este recurso y porque la limitación de tal derecho se encuentra justificada en razones de seguridad constitucionalmente legítimas y bajo cobertura legal.

El mismo juicio merece el motivo que se apoya en el derecho a la libre recepción de información veraz por cualquier medio de difusión. La constitucionalidad de la privación de las comunicaciones especiales y del acceso a la televisión en su celda resulta de la naturaleza de la pena privativa de libertad y de una cobertura legal.

Respecto a la posible conculcación del artículo 25 en cuanto que impone que la pena privativa de libertad debe orientarse hacia la reeducación y reinserción social, debe precisarse el contenido de este derecho. Dice el TC que este principio no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo, con independencia del fin primordial de las instituciones penitenciarias de retención y custodia de detenidos presos y penados.

Por todo ello acuerda el TC desestimar el recurso de amparo.

Voto particular de Viver i Pi-Sunyer al que se adhiere Vives Antón.

El voto particular no discrepa de ninguno de los fundamentos jurídicos expuestos en la STC. Sin embargo, se plantea la posible vulneración del principio de legalidad del artículo 25.2 por cuanto se imponen sanciones previstas no en una norma con rango de Ley sino en una Orden Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

La medida de aislamiento impugnada en el presente proceso afecta al derecho a la libertad proclamado en el artículo 17 CE. Siendo así, y de acuerdo con el artículo 25.2 CE, una medida de aislamiento de la índole de la cuestionada (22 horas diarias), al afectar a la libertad de las personas, sólo resulta admisible si tiene cobertura en una ley.

Los Magistrados discrepantes proponen la matización de la jurisprudencia constitucional al respecto. La doctrina de la STC 2/1987 considera que el penado privado de libertad en prisión ya se encuentra privado del derecho que reconoce el artículo 17 CE y que las nuevas sanciones no pueden considerarse como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión. Ante estas afirmaciones consideran los discrepantes que aunque el penado con la reclusión en un centro penitenciario se ve privado de su derecho de libertad ello no comporta que su nuevo *status libertatis* –modificado pero no suprimido– no incluya su derecho a la libertad y que en consecuencia las restricciones relativas al mismo no hayan de tener la adecuada cobertura legal.

A excepción de las insuficientes y genéricas manifestaciones a la limitación de las actividades en común, la LGP no contiene otros preceptos en los que se pueda basar tal medida. Por ello procedería otorgar el amparo y anular los acuerdos impugnados ya que su adopción se basó en una mera Circular carente de la cobertura legal que exige el 25.2 CE.

STC 120/1996, 8 de julio («BOE» de 12 de agosto de 1996).

RA.

Otorgar el amparo.

Ponente: Viver i Pi-Sunyer.

Artículos 20.1.a), 24, 25.1 CE.

Libertad de expresión. Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de legalidad.

Un policía local de un Ayuntamiento recurre en amparo contra las sanciones que le fueron impuestas por el Consistorio y contra la STSJ de Andalucía ya que

ésta no sólo no reparó las vulneraciones a los derechos fundamentales invocados sino que incurrió en otras.

El primer aspecto que se analiza es la constitucionalidad del procedimiento administrativo sancionador seguido contra el recurrente. EL TSJ consideró que el artículo 24 CE no puede invocarse en relación al mismo, sin embargo el TC rechaza dicha interpretación y la considera lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida que el artículo 24 CE sí debe aplicarse a la actividad sancionadora de la administración. El TC entra a analizar el procedimiento seguido contra el recurrente y constata la violación del artículo 24 CE al haberse zanjado el expediente en fase de alegación y prueba (FJ 7).

A continuación el TC aborda la constitucionalidad de una de las sanciones impuestas por incumplimiento de las normas de uniformidad (el recurrente llevaba el pelo más largo de lo corriente y recogido con una coleta). El funcionario considera que ha sido violado el artículo 25 CE en la medida que la sanción impuesta lo fue en virtud de una norma dictada por un órgano que no era competente (la norma debería haber emanado del pleno del Ayuntamiento y no de la Alcaldía). El TC acoge este motivo del recurso y considera que al imponerse una sanción en base a una norma nula de pleno derecho se viola el principio de legalidad.

No entra, pues, el TC a valorar si el recurrente tiene derecho o no a llevar la controvertida coleta, y únicamente declara que la sanción impuesta carece de base legal suficiente. Decaen, por consiguiente, los motivos que a la misma se imputaban de vulneración de los derechos de igualdad y derecho a la propia imagen (FJ 8).

El recurrente también alega violación de su derecho al honor al calificar su comportamiento como de «impropio y síntoma inequívoco de la indisciplina a la que anteriormente se alude», declaraciones que el TC no considera lesivas del derecho al honor (FJ 9).

Finalmente se entra a considerar las sanciones impuestas al recurrente por grave desconsideración hacia sus superiores. El único aspecto que merece atención, a juicio del TC, es la posible vulneración del derecho a la libertad de expresión en relación con el derecho a la defensa. El TC considera que ha sido violado este derecho ya que las manifestaciones sancionadas únicamente constituyeron un acuse de recibo y la expresión inicial de unas alegaciones defensivas y además no se referían a personas sino a un Decreto y a los hechos que se le imputaban (FJ 10). En consecuencia, el TC estima el recurso de amparo y anula la Resolución y la Sentencia recurridas.

STC 127/1996, 9 de julio («BOE» de 12 de agosto de 1996).

RA.

Se otorga el amparo.

Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera.

Artículos 18.3, 24.2 y 25.2 CE.

Secreto de las comunicaciones. Goce de los derechos fundamentales por el condenado a prisión. Presunción de inocencia.

El recurso de amparo resuelve la cuestión de si la intervención de la comunicación en un sobre abierto y la subsiguiente incoación de un expediente sancionador a un penado, como consecuencia de las manifestaciones que contenía esa comunicación, vulnera los artículos 18.3 y 25.2 CE.

Aun cuando se haya omitido en la demanda la cita expresa del artículo 24.2 CE, la petición de amparo se fundamenta en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación al derecho a un proceso con todas las garantías.

Ya desde la STC 18/1981, ha establecido el TC que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado». Y que el derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de unos medios que sean constitucionalmente legítimos.

Del examen de las actuaciones relativas a este proceso de amparo resulta de forma manifiesta que existió una intervención de la correspondencia del penado con el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin que se hubiese solicitado judicialmente intervención de la correspondencia del penado.

Ello implica la violación del artículo 18.3 CE con carácter general, y del artículo 25.2 CE respecto al penado, en cuanto este derecho no fue expresamente limitado en el fallo condenatorio.

Resulta irrelevante a efectos de apreciar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones el hecho de que el escrito se hubiere enviado en sobre abierto para que fuera sellado, toda vez que el TC, en la STC 114/1984, declaró que el concepto de «secreto» tiene un carácter «formal». En este sentido, el secreto se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o reservado.

Por todo ello, el conocimiento del hecho que origina la sanción al penado es de naturaleza ilícita y *ex* artículos 18.3 y 24.2 CE debe permitir conceder el amparo solicitado.

STC 136/1996, 23 de julio («BOE» de 12 de agosto de 1996).

RA.

Otorgar el amparo.

Ponente: Cruz Villalón.

Artículo 14 CE.

Principio de igualdad ante la ley en relación a despido por causa de embarazo.

La demandante de amparo recurre contra las sentencias que confirmaron su despido al estimar acreditadas faltas repetidas e injustificadas de asistencia y puntualidad al trabajo. Sin embargo, a juicio de la recurrente, el motivo del despido era por hallarse embarazada y las ausencias aludidas eran debidas a los problemas que se presentaron durante el embarazo, ya que durante los primeros meses de gestación corrió grave riesgo de perder al hijo. Por ello considera que las sentencias impugnadas vulneran los artículos 14, 15 y 24 CE.

EL TC desecha la violación de los dos últimos preceptos citados y centra su fallo a analizar si ha sido infringido el artículo 14 CE. Se trata, a juicio del TC, de analizar si nos hallamos ante un despido discriminatorio, contrario al artículo 14 CE.

La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. «Los tratos desfavorables basa-

dos en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 CE» (FJ 5).

El TC ha establecido que cuando se alegue que un despido formalmente disciplinario encubre en realidad una extinción del contrato lesiva de derechos fundamentales, el empresario debe probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional. Para que opere este desplazamiento de la carga de la prueba, el trabajador ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia de violación de los derechos fundamentales. Presente este indicio el empresario debe acreditar que la conducta que ha motivado el despido explique por sí misma éste y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales. En consecuencia, ante la alegación de violación del artículo 14 CE, los tribunales deberán alcanzar y expresar la convicción de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria por razón de sexo. En este sentido, las sentencias recurridas han sido más bien parcas y deberían haber ahondado «en el significado de la prohibición de despedir por razón de embarazo, en el caso presente las causas disciplinarias alegadas por el empresario e incluso los argumentos en cuya virtud las sentencias impugnadas estiman acreditado el incumplimiento contractual grave y culpable imputado a la trabajadora, difícilmente pueden disociarse del estado de gestación de la recurrente» (FJ 6).

A juicio del TC en este caso únicamente se realizó un juicio de legalidad (la concurrencia de la causa de despido), sin entrar a analizar la dimensión constitucional de la medida adoptada. «No enjuiciaron la conducta de la trabajadora desde la perspectiva del derecho fundamental invocado, esto es, si su incumplimiento de ciertos deberes contractuales enerva la prohibición de despedir por razón de embarazo y legitimaba la decisión empresarial al tratarse de una medida razonable y proporcionada desde la óptica de las exigencias de la organización productiva» (FJ 7). En consecuencia se procede a la estimación del amparo y a declarar la nulidad radical del despido.

STC 138/1996, 16 de septiembre («BOE» de 21 de octubre de 1996).

RA.

Desestimar el amparo.

Ponente: Gabaldón López.

Artículos 18 y 20.1.d) CE.

Derecho al honor frente a derecho a transmitir información veraz.

Se recurre en amparo contra sentencias que admitieron violación del derecho al honor como consecuencia de la publicación de un artículo periodístico. La publicación controvertida, relativa a un crimen, hacía referencia a la vida de la víctima que al parecer se había dedicado a la prostitución. En dicho artículo se hacía referencia a otra persona, Aurora, que convivió con la víctima y la publicación apuntaba que ésta también habría podido dedicarse a la prostitución.

Aurora interpuso demanda contra la editorial y el periodista por intromisión ilegítima en su intimidad personal y violación de su derecho al honor. El Juez de instancia estimó que se trataba de una intromisión justificada por el ejercicio de la libertad de información ya que las referencias a la actora se hacían únicamente

por su nombre e iniciales, se trataba de un suceso relevante y las afirmaciones no tenían carácter vejatorio.

Interpuesto recurso, la Audiencia lo admitió ya que consideró que la actora quedaba perfectamente identificada al referirse al pueblo donde vivía y que la actividad que se le imputaba la hacía desmerecer en la consideración ajena. El TS confirmó esta sentencia, contra la que se recurre en amparo ante el TC por entenderse violado el artículo 20.1.d) CE.

El TC recuerda la doctrina consolidada según la cual el derecho a transmitir información que merece protección es el referido a información veraz, relativo a asuntos de interés general o relevancia pública. Sólo la información referida a hechos de esta naturaleza y contrastada con un mínimo de diligencia puede encontrar protección en el artículo 20.1.d) CE. El derecho al honor constituye un límite a esta libertad *ex* artículo 20.4 CE y no merecen protección constitucional aquellas informaciones que afecten al honor de las personas y que sean innecesarias e irrelevantes para lo que constituye el interés público de la información (FJ 3).

En el reportaje se hacen una serie de consideraciones acerca de los móviles del crimen, se habla de la presunta asesina y a continuación se hace referencia a Aurora, quien tenía al parecer una estrecha relación con la víctima. Si bien toda esta información podría ser relevante, no lo es en cambio las referencias que se hacen a la reputación moral de Aurora. A juicio del TC debe distinguirse entre todas las circunstancias que afectan al crimen (también podría serlo la relación entre la víctima y Aurora) y la reputación moral de esta última. Además, el reportaje no aporta ningún dato para poder conectar la posible ocupación de la actora civil con el crimen; simplemente hace mención a unos rumores que no aparecen relacionados con los móviles del crimen y que tampoco han sido debidamente contrastados. En definitiva, el TC considera que la ponderación entre los derechos en juego ha sido realizada correctamente por los Tribunales ya que los detalles relativos a la vida de Aurora, sin relevancia informativa alguna, únicamente hacen desmerecerla en la consideración ajena. Por ello el TC desestima el amparo solicitado.

STC 145/1996, 16 de septiembre («BOE» de 21 de octubre de 1996).

RA.

Se otorga el amparo.

Ponente: Gabaldón López.

Artículos 14, 22.1 y 24 CE.

Principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Derecho de asociación y Cámaras de Comercio. Tutela judicial efectiva.

Se plantea en este recurso si la liquidación girada por la Cámara de Comercio, Industria y Navegación correspondiente al recurso cameral, confirmada en vía judicial, ha lesionado los derechos recogidos en los artículos 14, 22 y 24 CE.

La alegación fundada en la violación del principio de igualdad ante la ley, no puede ser aceptada por el TC. A pesar de haberse aportado varias sentencias que demuestran distinta aplicación del derecho por parte de los tribunales respecto a las liquidaciones giradas por las Cámaras de Comercio con posterioridad a la STC 179/1994, el derecho a la igualdad no queda conculcado. Debe aplicarse, en estos casos, la doctrina constitucional que considera que solamente se produce una vulneración del artículo 14 cuando las resoluciones contradictorias que se aporten, en orden a la comparación pretendida, procedan del mismo órgano.

Puede verse en el mismo sentido la STC 42/1993, de 8 de febrero («BOE» de 11 de marzo), ya resumida en ADC, 1994-IV, pág. 266, y las SSTC 71/1993, de 1 de marzo («BOE» de 1 de abril), 90, 91 y 92/1993, de 15 de marzo («BOE» de 15 de abril).

Sobre la vulneración del derecho de asociación, en relación a la tutela judicial efectiva, el TC aplica el criterio que ya introdujo en la STC 179/1994 (FJ 12). Así, las liquidaciones únicamente podrán reclamarse con éxito cuando hayan de reputarse firmes en el momento de dictarse la sentencia 179/1994 del TC. Las que en ese momento se hallasen pendientes de recurso administrativo o judicial no podrán reclamarse. En el presente caso, la liquidación se había impugnado por entenderse vulnerado el derecho de asociación y estaba pendiente de resolución judicial al dictarse la STC 179/1994.

En definitiva, de acuerdo con los efectos de la STC 179/1994, señalados en su fundamento jurídico 12.1, procede otorgar el amparo solicitado.

STC 146/1996, 19 de septiembre («BOE» de 21 de octubre de 1996).

RI: Título IV de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Desestimar el recurso.

Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera.

Artículos 148.1, 149.1 y 149.3 CE y artículos 10.27 y 10.28 EAPV.

Ordenación de la actividad publicitaria y control de la publicidad ilícita.

Interés público en mantener un orden concurrencial libre. Asunción de competencia exclusiva por parte de la CA sobre una materia en colaboración con el Estado.

El Gobierno vasco interpone recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de publicidad y en concreto contra el Título IV, que establece un sistema jurisdiccional de control de la publicidad ilícita. El recurrente considera que estas disposiciones deberían declararse inaplicables en el País Vasco, en la medida que éste ha asumido competencia exclusiva en materia de publicidad en colaboración con el Estado (art. 10.27 EAPV) y en ejercicio de esta competencia ha previsto un procedimiento de tipo administrativo para controlar la publicidad ilícita.

Ambas partes alegan que la normativa impugnada tiene su punto de partida en una Directiva que permite optar entre un mecanismo jurisdiccional o administrativo para el control y la solución de reclamaciones en materia de publicidad engañosa. Sin embargo el TC señala que en la medida que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario, la presente controversia ha de ser resuelta exclusivamente conforme a las reglas internas de delimitación competencial entre el Estado y las CC. AA. (FJ 2). Precisamente en este marco, la CA alega que la normativa adoptada supone una mengua de las funciones que en orden a su intervención fiscalizadora venía desempeñando y significa prácticamente el agotamiento normativo de una materia sobre la que dispone de competencia exclusiva en colaboración con el Estado (art. 10.27 EAPV) (FJ 3). Asimismo, dicha normativa impugnada también vulneraría la competencia exclusiva relativa a defensa del consumidor y del usuario (art. 10.28 EAPV).

El TC declara que el título competencial en el que hay que situar la controversia es el de la publicidad, y no el de defensa de consumidores y usuarios (pese su innegable conexión), ya que es el que de forma más directa y precisa afecta la materia objeto de regulación. Sin desconocer la conexión entre ambos títulos, lo cierto es que en la ordenación de la actividad publicitaria y control de publicidad ilícita, a parte de los derechos e intereses de los consumidores existen también los de los competidores y, especialmente, el interés público en mantener un orden concurrencial libre y no falseado en el mercado (FJ 4).

De acuerdo con el artículo 149.3 CE, el EAPV, en su artículo 10.27, ha asumido competencia exclusiva en materia de publicidad, en colaboración con el Estado. Dicha colaboración debe entenderse como una actuación que debe realizarse en régimen de cooperación sin que ello suponga duplicidades o actuaciones intercambiables (FJ 5). Sin embargo el Gobierno vasco considera que la competencia estatal de colaboración no confiere cobertura suficiente al legislador estatal para que fije el sistema de control de la publicidad ilícita (FJ 5).

Por contra, el TC determina que esta exclusividad no evita que ciertas regulaciones parciales de la materia (publicidad), entren en el ámbito de actuación exclusiva del Estado. Es decir, que algunos de sus aspectos estén estrictamente relacionados con materias encuadrables en títulos competenciales reservados al Estado. Por lo tanto, debe analizarse si se produce esta relación con materias reservadas exclusivamente al Estado (FJ 5).

El legislador estatal ha optado por un sistema judicial, en lugar de administrativo, para dirimir las controversias derivadas de la publicidad ilícita. Al residenciar en los tribunales ordinarios la resolución de dichas controversias, se establece una regla de competencia jurisdiccional, cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal *ex* artículo 149.6 CE. Sin embargo, los mecanismos establecidos únicamente van encaminados a obtener la cesación o rectificación de la actividad publicitaria difundida cuando se considere ilícita. Ello resulta compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales o administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios (FJ 6).

El TC además se basa en las SSTC que establecían que la fijación de un sistema de arbitraje, en tanto que equivalente jurisdiccional, era materia propia de la legislación procesal civil (SSTC 15/89 y 62/1991) y por lo tanto competencia estatal (FJ 6). En atención a todos estos argumentos se desestima el recurso de inconstitucionalidad.

STC 154/1996, 3 de octubre («BOE» 5 de noviembre).

CCII acumuladas: Ley 3/93, Básica de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

Se desestiman.

Ponente: Vives Antón.

Votos particulares: Viver y Vives.

Artículo 22.1 CE.

Derecho de asociación. Libertad de no asociarse.

Se reitera el criterio de la anterior STC 107/1996.

STC 176/1996, 11 de noviembre («BOE» 17 de diciembre).

RA.

Se desestima.

Ponente: González Campos.

Artículo 24.1 CE.

Arbitraje y tutela judicial efectiva. Arbitraje, autonomía y libertad del individuo.

La sentencia tiene su origen en un procedimiento arbitral, cuyo laudo fue recurrido sin éxito por una de las partes. En su decisión, el TC reitera la compatibilidad entre la institución arbitral y el derecho constitucional a la tutela judicial. Según el recurrente, se habría producido una violación de este derecho al no haber entrado el órgano judicial en el fondo del asunto, pese a las causas de nulidad del laudo alegadas. Tal planteamiento, objeta el TC, *«supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos»* (FJ 4).

STC 190/1996, 25 de noviembre («BOE» 3 de enero de 1997).

RA.

Se desestima.

Ponente: Viver.

Artículos 18 y 20 CE.

Libertad de información y derecho al honor. El honor de los difuntos ¿... y de sus deudos? Diligencia exigible a los medios.

La sentencia trata un caso de información televisiva sobre las circunstancias de la muerte de una persona, dando a entender que estaba relacionada con la droga. La empresa propietaria del medio fue condenada por entender que la noticia violaba el honor de la persona fallecida, no pudiendo reputarse veraz. La sentencia del TC aplica doctrina ya conocida, tanto en relación con el honor como en relación con la libertad de informar.

En cuanto al honor, los recurrentes, sin profundizar demasiado, venían a decir que, al tratarse de una persona fallecida, su reputación no merecía la consideración de derecho fundamental y que, por tanto, la libertad de informar era el único derecho con este carácter en juego. A esta argumentación, el TC, sin declarar por ello que los fallecidos ostenten derechos fundamentales, opone que: *«Parece indudable que, en supuestos como el presente, en el que lo que se discute es si se atribuye a una persona ya fallecida su posible adicción a las drogas, la difamación no se detiene en el sujeto pasivo de la imputación, sino que alcanza también a aquellas personas de su ámbito familiar con las que guarda una estrecha relación»* (FJ 2, con cita y remisión a la STC 321/1988). *«No debe dejarse*

tampoco en el olvido que [...] la LO 1/82 [...] establece que la memoria de una persona fallecida puede limitar el derecho a la comunicación de información veraz» (FJ 2).

En relación con la libertad de información y la diligencia exigible al medio, el TC, con remisión a su propia doctrina, admite que la simple transmisión de noticias tomadas de otro medio no exige contrastar la veracidad de lo declarado sino sólo el hecho de la declaración [FJ 4,a)]; aunque, en el caso planteado, se suministraba también otra información, respecto a la cual sí se actuó con negligencia.

STC 207/1996, 16 de diciembre («BOE» 22 de enero de 1997).

RA.

Se estima.

Ponente: Gimeno.

Artículos 15 y 18 CE.

«Intervención corporal» ordenada en proceso penal y derechos a la integridad física y a la intimidad. Intimidad «corporal» y «personal».

En un proceso penal, para determinar si uno de los encausados era «consumidor de cocaína u otras sustancias», así como «el tiempo desde que lo pudiera ser», se ordenó «cortar(le) cabellos de diferentes partes de la cabeza, y la totalidad del vello de las axilas». El afectado se negó, concluyendo la cuestión ante el TC por la vía de amparo, con alegación de que la medida acordada –que no se llegó a ejecutar– vulneraba el derecho a la intimidad del afectado (artículo 18 CE). A este derecho, el propio TC añadió de oficio el que tiene por objeto la integridad física (art. 15 CE).

a) El derecho a la integridad física no sólo cubre casos en que exista riesgo o daño para la salud, sino «toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular» (FJ 2, con cita de la STC 35/96). A este respecto, es preciso, no obstante, distinguir entre «inspecciones y registros corporales» (en los que, en principio, no resulta afectado el derecho a la integridad física) e «intervenciones corporales», consistentes en extracción de elementos internos o externos del cuerpo o en su exposición a radiaciones (en las que, como regla, sí habrá menoscabo de la integridad física, sin perjuicio de la posterior distinción entre intervenciones «leves» y «graves»). En el caso, no había duda, a la luz de esta doctrina, que la resolución judicial afectaba a la integridad física del encausado.

b) El derecho a la intimidad presenta, en lo que aquí interesa, una doble faceta: la intimidad «corporal» y la «personal». La primera no se ve en absoluto afectada por la simple extracción de algunos cabellos y del vello de las axilas. No sucede lo mismo, en cambio, con la segunda. La intimidad «personal» sí queda comprometida por una medida tendente a averiguar si una persona es o no consumidora de drogas.

Una vez establecidos los derechos en juego (integridad física e intimidad personal), la sentencia se centra en el correspondiente juicio de proporcionalidad, que resuelve en sentido negativo, lo que determina la estimación del amparo. A juicio del TC, dadas las circunstancias del caso, la medida ordenada por el juez no era imprescindible para asegurar el *ius puniendi* del Estado.

STC 212/1996, 19 de diciembre («BOE» 22 de enero de 1997).

RI: Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos.

Se estima parcialmente.

Ponente: Cruz Villalón.

Voto particular: Gabaldón.

Artículos 10, 15 y 81 CE.

Derecho a la vida y protección del nasciturus. «Donación» de embriones y fetos: ¿Patrimonialización de la persona? Reserva de Ley Orgánica.

La sentencia comienza por subrayar el ámbito de aplicación de la Ley impugnada, separándola de la Ley 35/88, de Técnicas de Reproducción Asistida. La impugnada, dice la sentencia, se refiere a embriones y fetos implantados establemente en el útero. La segunda, en cambio, regula el momento previo, es decir, hasta el día catorce que sigue a la fecundación (FJ 1). Por otra parte, precisa la sentencia, la materia de que se ocupa la ley impugnada tampoco queda comprendida en la Ley 30/1979, sobre extracción y trasplante de órganos (FJ 3). Como indica su exposición de motivos, y a diferencia de esta última, la Ley 42/1988 regula *«la utilización de los embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos o de investigación, previniendo la manipulación y el tráfico de los mismos, y posibilitando a la vez la investigación científica, de modo acorde con la dignidad de la persona»* (FJ 3).

A juicio de los recurrentes se daban, básicamente, dos motivos de impugnación. En primer lugar, una presunta violación del artículo 15 CE, por quebrantar la protección constitucionalmente exigible a la vida humana. En segundo, la violación del artículo 81 CE, por no tener la ley carácter orgánico, necesario por tratarse, a juicio de los recurrentes, de una norma de desarrollo de derechos fundamentales. El TC rechaza ambas tesis, pronunciándose en favor de la constitucionalidad de la Ley, salvo en alguna cuestión menor.

a) A diferencia de lo que sucedía con la Ley 30/1979 (de extracción y trasplante de órganos), en la Ley 42/1988 *«no se encuentra implicado el derecho fundamental de todos, es decir, de los nacidos, a la vida»* (FJ 3). Como estableció la conocida STC 53/1985, sólo los nacidos son titulares del derecho a la vida, sin perjuicio de la consideración del nasciturus como *«bien jurídico constitucionalmente protegido»*. Esta protección constitucional *«implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida»* (FJ 3, con cita de la STC 53/1988). Ahora bien, para valorar el cumplimiento de esos parámetros por la Ley impugnada, debe partirse de *«un presupuesto fundamental [...] cual es el carácter, cuando menos, no viable de dichos embriones y fetos humanos»*; entendiendo por inviabilidad la *«incapacidad [del embrión] para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una "persona" en el fundamental sentido del artículo 10.1. CE»*. *«La Ley parte, por tanto, de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de nascituri»*. *«La Ley se enfrenta con la realidad de la existencia de embriones y fetos humanos, ya sea muertos o no viables, susceptibles de utilización con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, pretendiendo abordar en todo caso esta realidad de modo acorde con la dignidad de la persona. Las puntuales referencias a fetos humanos viables van todas ellas dirigidas, en principio, a preservar su viabilidad, es decir,*

a prevenir o evitar que ésta pueda frustrarse» (FJ 5). En línea con esta argumentación, el TC rechaza también que el empleo del término «donación», aplicado a embriones o fetos muertos, atente contra la dignidad de la persona: *«Tal reproche carece totalmente de sustento desde el momento en que esta singular “donación”, al igual que la de órganos humanos regulada en la Ley 30/1979, o incluso la del cadáver de una persona, no implica en modo alguno la “patrimonialización”, que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 CE), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, expresamente prohibida por el artículo 2.d) de la Ley»* (FJ 8).

En cuanto a la segunda de las obligaciones del Estado (la de establecer un sistema legal de defensa de la vida), el TC señala que no siempre debe traducirse en un mecanismo de tutela penal: *«Una cosa es que la práctica ausencia de “normas penales” pueda ser, en su caso, contrastada con exigencias derivadas del artículo 15 CE y otra muy distinta es la pretensión de que cada una de las interdicciones contenidas en una ley como la presente [...] vaya indefectiblemente acompañada de la correspondiente sanción penal»* (FJ 9).

b) A la vista de la argumentación precedente, cae también el segundo motivo de impugnación, por no tratarse de una ley de desarrollo de derecho fundamental alguno.

STC 213/1996, 19 de diciembre («BOE» 22 de enero de 1997).

CI: DT 2.ª de la LO 3/1989, de actualización del Código Penal.

Se desestima.

Ponente: González Campos.

Artículos 9.3 y 24 CE.

Responsabilidad civil y proceso penal.

La norma impugnada preveía que, en relación con los asuntos despenalizados por la reforma del Código operada por la LO 3/1989, el Tribunal penal podría dictar sentencia limitada a la responsabilidad civil y costas. Entre otras cosas, se argumentaba en la cuestión que tal previsión violaba el derecho a la tutela judicial y a un proceso público con todas las garantías. A este respecto, el TC, como cosa obvia, declara que el proceso ante un órgano jurisdiccional penal supone tantas garantías como el que pueda sustanciarse ante uno civil. *«Pensar otra cosa significaría no menos que cuestionar la constitucionalidad de la acumulación de la acción civil al proceso penal, e incluso –si se ha de seguir el razonamiento propuesto por el apelante y recogido en los antecedentes del auto que promueve la cuestión– la de cualquier proceso que no fuera el proceso civil declarativo. Lo que ciertamente no se compadece con el significado y alcance de los apartados 1 y 2 del artículo 24 CE»* (FJ 5).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Seguro de vida contratado por uno de los cónyuges y sociedad de gananciales (a propósito de la STS de 7 de junio de 1996)

CARMEN BOLDÓ RODA

Profesora Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Jaume I

SUMARIO: 1. *La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 7 de junio de 1996.* 2. *Cuestión previa: el derecho propio del beneficiario.* 3. *Los derechos del cónyuge del tomador.* 4. *Los derechos del cónyuge del tomador casado bajo el régimen legal de gananciales:* 4.1 *Carácter del capital asegurado.* 4.2 *Carácter de las primas: obligación de reembolso:* 4.2.1 *Primas privativas.* 4.2.2 *Primas gananciales.* 5. *Conclusión.*

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) DE 7 DE JUNIO DE 1996

En la sentencia del TS (Sala Primera) de 7 de junio de 1996¹, el Alto Tribunal desestima la pretensión de entender nula la designación de beneficiarios del seguro de vida que formalizó el marido fallecido. La esposa recurrente solicitaba la devolución, por la madre y hermanas de su fallecido esposo, del capital del seguro de vida que habían cobrado de la aseguradora, en virtud del seguro colectivo o de grupo concertado por la empresa en la que este último trabajaba. El argumento esgrimido por la esposa recurrente es que la designación en favor de la madre y hermanas se hizo antes de contraer matrimonio y que «una vez contraído estaba obligado a contar con la esposa para seguir manteniendo la designación, porque el importe de la prima del seguro, aunque lo pagaba la empresa... era una contraprestación del trabajo y por lo tanto bien ganancial de acuerdo con el artículo 1347 CC». Entiende la esposa recurrente que «debió dejar sin efecto la disposición unilateral de salario en especie que venía realizando (el esposo) a favor de su madre y hermanas, y estaba obligado a designar los nuevos beneficiarios conjuntamente con su esposa o, por lo menos, a anular los realizados con anterioridad al matrimonio, hasta que ambos cónyuges llegaran a un acuerdo para designar a los mismos u otros beneficiarios». Como resultado de sus argumentaciones afirma que la designación unilateral era nula desde el momento de contraer matrimonio, y que no designados con su esposa nuevos beneficiarios era ella la que debía haber cobrado el capital asegurado. Naturalmente el TS desesti-

¹ RJ 4826. Actuó como ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

ma el recurso porque la tesis sobre la que se construye carece de la más mínima base legal: «No hay ningún precepto legal —se señala— que sustente que el matrimonio posterior suponga por sí mismo una ineficacia de la designación hecha antes si no cuenta con el asentimiento de su cónyuge para matenerla, si puede obtenerse tal efecto por la vía indirecta de considerar la prima como salario y por ello como bien ganancial... Es gratuito afirmar que se ha producido un cambio en su naturaleza (bien privativo), transformándose en bien ganancial después, y que se han modificado automáticamente los efectos del contrato de seguro, válido y eficaz cuando fue contratado».

En nuestra opinión hay dos temas importantes que referentes a la construcción dogmática del seguro de vida en favor de tercero se plantean en esta sentencia: la *designación de beneficiario* y el posible *derecho del cónyuge del tomador*. Sin embargo, como puede observarse, el Tribunal Supremo únicamente atiende a la cuestión de la validez de la designación de beneficiario pero nada dice del derecho que corresponde a la esposa al reembolso de las primas satisfechas «en fraude a sus derechos».

En relación con la *designación de beneficiario*, estamos absolutamente conformes con lo manifestado por el Alto Tribunal. En efecto, la designación de beneficiario es aquel acto por el cual el tomador del seguro indica al asegurador a quién debe satisfacer la suma asegurada cuando se produzca el siniestro. En nuestra LCS viene recogida en el artículo 84.1: «El tomador del seguro podrá designar beneficiario o modificar la designación anteriormente realizada, sin necesidad de consentimiento del asegurador».

En lo que concierne a la *naturaleza del acto*, nos encontramos ante una declaración unilateral de voluntad del tomador², manifestación del derecho personalísimo³ que le compete al nombramiento del beneficiario, a determinar el destino de la atribución patrimonial debida por el asegurador en cumplimiento del contrato. Además, se trata de un acto *inter vivos* aunque se realice mediante testamento⁴. Quedaría de ese modo clara la *titularidad* exclusiva de este dere-

² Así lo manifiesta la generalidad de la doctrina, entre otros GIRÓN TENA («Seguro de personas. Disposiciones comunes y seguro sobre la vida», en (dir. VERDERA y TUELLS, E., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Cunef-CSB, Madrid, 1982, t. II, p. 989); GARRIGUES (*Contrato de seguro terrestre*, 2.ª ed. Madrid, 1982, p. 494) y TIRADO SUÁREZ [*Ley de contrato de seguro*], en *Comentarios al Código de Comercio y a la legislación mercantil especial* (dir. M. MOTOS y M. ALBALADEJO) tomo XXIV, vol. 3.º, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, p. 146]. También MORANDI, J. F. C., *Estudios de Derecho de seguros*, ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 331; BESSON, A., «Le contrat d'assurance», t. I, 5.ª ed., en PICARD, M., y BESSON, A., *Les assurances terrestres*, LGDJ, 1982, p. 438; DONATI, A., *Tratato di Diritto delle assicurazione private*, vol. III, Milán, 1956, p. 146, y STOLFI, M., *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 65.

³ Su carácter de derecho personalísimo del tomador es destacado, sobre todo, por la doctrina italiana y francesa: cfr. GASPERONI, N., *Assicurazioni private*, Cedam, Padova, 1977, p. 879; DONATI, *Tratatto...*, *op. cit.*, p. 602; BESSON, A., «Le contrat d'assurance», *op. cit.*, p. 785; PICARD, M. y BESSON, A., *Traité général des assurances terrestres en Droit français*, t. IV, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1945, p. 416; JACOB, N., *Les assurances*, 2.ª ed. Dalloz, Paris, 1979, p. 444.

⁴ Así lo afirma unánimemente la doctrina, cfr. GIRÓN TENA, J., «Seguro de personas...», *op. cit.*, p. 989; TIRADO SUÁREZ, F. J., *op. cit.*, p. 153; DONATI, A., *Tratatto...*, *op. cit.*, p. 148; GASPERONI, N., *Assicurazione...*, *op. cit.*, p. 12; VIGORITÁ, A., «In tema de designazione testamentaria del terzo beneficiario di una polizza di assicurazione», *Ass.*, 1952, II, p. 98; TAMBURRINO, G., «Assicurazioni per infortunio a beneficio in caso di morte, degli eredi legittimi e poteri del curatore dell'eredità giacente», *Ass.*, 1980, II, p. 27 ss.

cho, perteneciente por lo tanto al *dominus negotii*, al tomador de cuyo patrimonio salen las primas que alimentan el sinalagma contractual.

Sin embargo, es el segundo tema, el posible *derecho de reembolso que detenta el cónyuge del tomador* casado bajo el régimen legal de gananciales, del que nada se dice en la sentencia, el que merece nuestra atención. Pero antes de afrontar su análisis debemos plantearnos la cuestión previa fundamental del llamado «derecho propio del beneficiario».

2. CUESTIÓN PREVIA: EL DERECHO PROPIO DEL BENEFICIARIO

Desde el momento de la muerte o supervivencia del asegurado –según se trate de un seguro para el caso de muerte, supervivencia o mixto– se producen los efectos del contrato de seguro de vida, con lo que la obligación por parte del asegurador deviene exigible. El tercero beneficiario pasa a ser titular de un derecho de crédito frente al asegurador, de carácter propio y autónomo respecto del patrimonio del tomador. Y se le denomina *derecho propio* porque nace del contrato de seguro, estructurado como contrato en favor de tercero, de forma que la prestación en favor del beneficiario surge directamente del patrimonio del asegurador y va a parar al de aquél, sin haber integrado en ningún momento el patrimonio del tomador. Es su naturaleza de especial contrato en favor de tercero la que hace que el estipulante-tomador mediante la designación, genere esa especial posición jurídica en el tercero-beneficiario⁵. Lo contrario ocurre con las primas pagadas: éstas si han salido del patrimonio de éste y son la contraprestación que en el negocio aleatorio y oneroso del seguro concertado entre tomador y asegurador, recibe este último⁶.

Por lo tanto, la posición jurídica del beneficiario es independiente y autónoma respecto de la del tomador. El derecho propio del beneficiario viene recogido en el

⁵ Critican en ese sentido CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. («Nota crítica sobre Derecho del seguro y Derecho civil patrimonial», *ADC*, octubre-diciembre 1984, p. 1129), y TIRADO SUÁREZ, F. J. (*op. cit.*, p. 216) la posición de GIRÓN TENA (*op. cit.*, p. 987). Para este último autor, se trata de una construcción sutil y dogmática por la que a la manera de «un soplo exorcista» «la voluntad del tomador, con la designación, aunque por elevación tire concretamente a favor de sus herederos para después de su muerte, enchufa la corriente patrimonial directamente al patrimonio del asegurador, de manera tal que se considera que su prestación va derechamente al beneficiario sin proceder del patrimonio del tomador». Por el contrario, TIRADO SUÁREZ señala que «la institución de beneficiario no es ningún mágico sortilegio, sino que constituye una forma *sui generis* de establecer un contrato a favor de tercero siendo inaplicable el artículo 1257.2 en virtud de la especialidad aportada por la ley mercantil (art. 88 LCS), que evita la aplicación ni siquiera por vía supletoria del Derecho civil o común» en contra también esto último de la posición defendida por GIRÓN TENA (*op. cit.*, p. 990).

⁶ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978, p. 237. Sobre el sinalagma en el contrato de seguro vid. IPPOLITO, R., «Il sinalagma nel contratto di assicurazione», *Riv. Dir. Comm.*, 1983, I, pp. 483 ss. VIVANTE («Il contratto di assicurazione», vol. III, *L'assicurazione sulla vita*, Milano, 1887, p. 225) deduce las consecuencias que se derivan de dicha adquisición originaria, algunas de las cuales son perfectamente recogidas por nuestro ordenamiento: la validez de la designación del beneficiario depende de la validez del contrato de seguro, del que sólo es una cláusula; los acreedores y herederos del beneficiario no pueden hacer valer ningún derecho sobre el capital asegurado, pudiendo tan sólo exigir el reembolso de las primas pagadas en fraude

artículo 88 de la Ley de Contrato de Seguro⁷: «La prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro. Unos y otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el importe de las primas satisfechas en fraude de sus derechos». *La posición jurídica del beneficiario, ese derecho propio del que es titular, constituye uno de los dos pilares fundamentales –junto con el derecho de revocación– de la construcción dogmática del seguro de vida en favor de tercero y el fundamento de lo que se ha denominado «el núcleo de la institución de beneficiario»: la relación entre su derecho de crédito frente al asegurador y las situaciones que pueden afectar al patrimonio del tomador del seguro, relacionadas con sus herederos legitimarios, acreedores y cónyuge.*

3. LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE DEL TOMADOR

Otra sentencia muy anterior a la que es objeto de este comentario, la STS de 22 de diciembre de 1944⁸ planteó en nuestro ordenamiento un problema que apenas había preocupado hasta entonces a la doctrina: el de la relación entre el seguro de vida, que en este supuesto era para caso de muerte, contratado por uno de los cónyuges en favor del otro, y cuyas primas se pagan con fondos comunes, y la sociedad de gananciales existente entre ambos.

Sin perjuicio de volver más tarde sobre el contenido de esta sentencia, la cuestión planteada en ella es tan sólo una de las posibilidades de la amplia casuística que puede surgir en torno a la relación entre el contrato de seguro de vida y el régimen económico-matrimonial del contratante o tomador del mismo.

El cónyuge ocupa una singular posición, que le hace ser sujeto de una serie de relaciones jurídicas. Además de las propias del especial régimen económico por el que se rija el matrimonio, hay que tener en cuenta los derechos que le corresponden como legitimario (artículo 807.3.º CC) y también el hecho de que en los seguros de vida contratados por su cónyuge, él puede ocupar el lugar de beneficiario.

La Ley de Contrato de Seguro española no contiene, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos⁹, una previsión específica en relación a los derechos del cónyuge del tomador. De este modo, queda en manos de la doctrina y de la jurisprudencia, mediante la interpretación de las normas de la LCS sobre el derecho del beneficiario y del CC en materia de régimen económico matrimo-

de sus derechos; el beneficiario puede exigir el capital asegurado aunque haya renunciado a la herencia, porque lo exige como tercero, no como heredero, por la misma razón que puede renunciar al beneficio, aceptando la herencia; el asegurador puede oponer al beneficiario las excepciones que se derivan objetivamente del contrato pero no las personales del tomador... De todo ello extrae VIVANTE que esta construcción jurídica ha sido elaborada principalmente para tutelar los derechos del beneficiario frente a las pretensiones de los acreedores y de los herederos legítimos del tomador.

⁷ El llamado «derecho propio del beneficiario» es recogido por la totalidad de ordenamientos de nuestro entorno. Así viene contemplado en el artículo 1.920, párrafo 2.º, del Código Civil italiano; artículo L 132-12 del Código de Seguros francés y el artículo 166 *in fine* de la VVG alemana de 1908, por mencionar sólo los más próximos.

⁸ RJ 1392.

⁹ Por ejemplo, el ordenamiento francés, ya que los artículos L 132-16 y 132-17 del Código de Seguros francés se refieren, respectivamente, a la relación entre el beneficio del seguro y la comunidad conyugal y al derecho del cónyuge beneficiario del deudor en la liquidación de bienes de este último (cfr. BIGOT, J., *Code des Assurances*, 2.ª ed. L'Argus, París, 1992, pp. 88, 89).

nial, la tarea de encontrar soluciones a los distintos problemas que se plantean en relación con los diferentes intereses en juego¹⁰. Hay que añadir, sin embargo, que las posturas doctrinales sobre esta cuestión han ido evolucionando paralelamente a las importantes modificaciones que en materia de régimen económico-matrimonial se han producido en los dos últimos decenios.

Antes de entrar a examinar los derechos del cónyuge del tomador en relación al régimen legal de gananciales, hay que tener en cuenta las reglas aplicables a todos los regímenes económico-matrimoniales. En efecto, en los arts. 67 y 68 CC, en sede de derechos y deberes de los cónyuges, se recoge el deber de ayuda mutua¹¹. Éste implica la necesidad de asistencia al otro cónyuge en la medida de las posibilidades individuales, conforme a lo que la ley y la costumbre determinan como normal y compatible con la situación matrimonial.

En relación también con ese deber de ayuda se expresa el artículo 1319 CC conforme al cual: «Cualquier cónyuge podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y subsidiariamente, los del otro cónyuge. El que hubiera aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial.» Este precepto rige cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, si bien habrá que ir a las normas específicas de cada uno de ellos para ver en qué medida este régimen general es susceptible de aplicación¹².

Tanto en el concepto de «ayuda» como en el de «necesidades familiares» la doctrina sitúa las actividades normales de previsión, dentro de las cuales se encuentra la contratación de un seguro de vida, siempre que le sea aplicable el calificativo de normalidad, lo cual atañe no sólo al importe del capital y las pri-

¹⁰ Esta tarea es reconocida por LACRUZ [«Los seguros de vida y la comunidad de gananciales en el nuevo régimen», en (dir. VERDERA y TUELLS, E., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Cunef-CSB, Madrid, 1982, t. II, p. 1001)] y por TIRADO SUÁREZ (*op. cit.*, p. 237). Para este último autor por un lado la LCS anterior a la última reforma del Derecho de familia de 1981 no quiso entrar en consideración del seguro matrimonial, cuestión que tampoco fue abordada por la normativa general.

¹¹ El deber de ayuda mutua recogido en el artículo 67 CC es reiterado en el artículo 68 CC como deber de socorro mutuo. La doctrina los diferencia considerando al de ayuda en relación a las necesidades personales de toda índole y al de mutuo socorro referido sólo a las económicas o materiales. La ayuda implica colaboración en el plano de la igualdad. Su violación puede dar origen a la separación (art. 82.1 CC) o al divorcio (art. 86.3 CC); actúa como causa de desheredación (art. 855.1 CC) y puede legitimar el ejercicio de una acción indemnizatoria por los daños ocasionados, *vid.* GETE-ALONSO CALERA, M. C., «Comentario al artículo 67», en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 319.

¹² El criterio utilizado en el artículo 1319 para configurar el ámbito de la gestión doméstica implica una gran flexibilidad y amplitud en cuanto al modo de satisfacción de las necesidades familiares, y la existencia de unos límites respecto al *quantum*, pues ha de tratarse de necesidades ordinarias conforme al uso del lugar y a las necesidades de la familia. Los actos domésticos pueden referirse así a todos los bienes y servicios que componen la razonable cobertura de las necesidades vitales de la familia: alimentación, vestido, educación, entretenimiento, suministros, reparaciones ordinarias, acomodadas al nivel de vida familiar, sin limitar el Código Civil la clase de negocio jurídico para adquirir los bienes y servicios, con tal que se dirijan al fin previsto en la norma (*vid.* HERRERO GARCÍA, M. J., «Comentario al artículo 1319 CC», en *Comentario del Código Civil*, *op. cit.*, pp. 584-585).

mas, en relación con la situación económica de la familia, sino también a la procedencia de la financiación de estas últimas así como a la identidad de la persona sobre la que recae la condición de beneficiario. Estos datos van a ser de suma importancia a la hora de establecer el régimen jurídico de los seguros contratados constante matrimonio¹³.

4. DERECHOS DEL CÓNYUGE DEL TOMADOR BAJO EL RÉGIMEN LEGAL DE GANANCIALES

Como hemos señalado anteriormente, la cuestión de la incidencia de los derechos del cónyuge del tomador en el seguro de vida contratado por éste, se plantea en la doctrina española a raíz de la STS de 22 de diciembre de 1944. Esta sentencia aborda el problema del reintegro de las primas satisfechas con cargo a la sociedad conyugal en un seguro en el que resultó beneficiaria la esposa. De conformidad con el Código Civil, como el capital estaría adquirido a costa del caudal común, sería ganancial. Sin embargo, el Tribunal Supremo resuelve que el capital, al provenir del asegurador, es privativo del cónyuge beneficiario. Pero no así las primas que han alimentado el contrato de seguro. Éstas provienen del patrimonio ganancial y, por lo tanto, deberán ser reembolsadas a la comunidad al tiempo de la liquidación, para que el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, que están legitimados para su impugnación, tomen la parte que en derecho les corresponda¹⁴.

¹³ Vid. TIRADO SUÁREZ, F. J., *op. cit.*, p. 238, y la doctrina citada por el mismo en relación con la admisión del contrato de seguro de vida como necesidad de previsión «normal» de la familia.

¹⁴ Dice el Tribunal en esta sentencia: «Considerando que el pago de las primas con cargo a los gananciales, hecho en nombre de los cónyuges en utilidad exclusiva de uno de ellos, puede configurarse jurídicamente, bien como dos contratos yuxtapuestos, de los que sólo uno producirá efecto, ofreciendo como contenido dos actos independientes de liberalidad, supeditados a la condición suspensiva de supervivencia respecto de uno de los esposos y a la resolutoria de premoriencia con relación al otro, bien como un contrato oneroso y aleatorio en provecho del contratante que el azar decida; pero tanto en una como en otra hipótesis, difíciles de encuadrar en un marco típico del negocio jurídico, lo que late en el fondo del problema es un acto de disposición mediante el cual los bienes gananciales o una parte de ellos son transformados, cuando ya ha quedado disuelta la sociedad conyugal, en bienes privativos de uno de los consortes, y, siendo así la cuestión se reduce a dilucidar si, no obstante la presunta y plausible intención que los cónyuges abriguen de asegurar al superviviente los recursos necesarios para la vida, renunciando a las primas, la Ley autoriza el consiguiente empobrecimiento de la comunidad, o si, por el contrario, disuelta ésta y en trámite de liquidación debe ser reembolsado al fondo común el importe de las primas... se impone concluir, por derivación de las referidas normas y por el espíritu que informa los artículos 1305 y 1419, párrafo segundo, del mismo Código, que las primas deben ser reembolsadas a la comunidad al tiempo de su liquidación para que el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, que están legitimados para la impugnación, tomen la parte que en derecho les corresponda, evitándose así un posible abuso en la facultad de disposición de los gananciales que en definitiva, por medios indirectos como es el de seguro de vida o el de renta vitalicia, se traduce en institución mutua de herederos en los bienes gananciales, total o parcialmente, defraudando la ley y lesionando el derecho de legítimos o acreedores; razones por las que procede la desestimación del quinto y último motivo del recurso».

Esta sentencia fue objeto de crítica por diversos autores, algunos de los cuales se mostraron favorables a la postura adoptada por el Tribunal Supremo¹⁵ de considerar tan sólo las primas como gananciales y, por lo tanto, objeto de reembolso, mientras otros opinaban que también el capital debía ser considerado ganancial por aplicación de las reglas generales del CC¹⁶. Con anterioridad a dicha sentencia la Dirección General de lo Contencioso, en Resolución de 23 de abril de 1923, tuvo ocasión de mantener un criterio idéntico al de la sentencia: «la cuestión de si el capital es o no ganancial, hay que resolverla forzosamente en sentido negativo, tanto porque no cabe estimar este capital comprendido en el artículo 1401 CC, como porque el concepto de bienes gananciales está en pugna con el carácter especialísimo del seguro de vida».

No obstante, tenemos que tener en cuenta, para la resolución de esta cuestión, la importante modificación sufrida por el Derecho de familia en el tiempo transcurrido desde la fecha de ambas resoluciones. Los interrogantes son hoy en día los mismos que se planteó la sentencia de 22 de diciembre de 1944, pero del Código Civil ha desaparecido todo vestigio de superioridad marital, y también la prohibición de donaciones entre cónyuges. Podemos, por lo tanto, preguntarnos si al amparo del régimen vigente pueden ser mantenidos los criterios establecidos en la mencionada sentencia o, por el contrario, éstos han de ser revisados¹⁷.

4.1 Carácter del capital asegurado

El criterio de que el capital asegurado no tiene carácter ganancial, dada su procedencia directa del asegurador debido a la configuración de este tipo de seguros como contratos en favor de tercero, parece bastante claro. Si el beneficiario es el otro cónyuge, lo recibirá como bien privativo¹⁸. El único supuesto en que la doctrina otorga a la suma asegurada carácter ganancial, es en la hipótesis

¹⁵ Así, GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 497: «Finalmente puede ocurrir que, constante un matrimonio sometido al régimen ganancial, un cónyuge haya designado al otro beneficiario de un seguro sobre la vida. Según el Código Civil, como se trataría de un capital adquirido a costa del caudal común, ese capital sería ganancial. Para ser considerado como propio del cónyuge beneficiario será preciso que éste reembolse a la comunidad conyugal las primas pagadas por ella para el seguro, a fin de evitar el perjuicio de los herederos en la liquidación de la sociedad de gananciales. Así lo ha declarado la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1944». También es la postura sustentada por VALLET DE GOYTISOLO (*Estudios sobre donaciones, op. cit.*, p. 239): «Las primas son lo único que, en buena técnica y perfecta justicia debe considerarse donado por el estipulante a los efectos de computación para determinar el capital de la sociedad conyugal», y por MARTÍN BERNAL (*La estipulación en favor de tercero*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 353).

¹⁶ Vid. MARTÍNEZ DE LA FUENTE, J., «El seguro para caso de muerte y los derechos de los herederos y acreedores del asegurado», *RGLJ*, 149, 1925, p. 197: «El derecho al cobro del capital se ha producido onerosamente a costa del caudal común, así le corresponde por gananciales; b) La otra mitad, porque el derecho que el marido adquirirá con la mitad de las primas se lo transmite por una estipulación a su favor, verificando el contrato de seguro; de consiguiente, esta otra mitad la adquiere como beneficiaria en los términos del artículo 428 del Código de Comercio».

¹⁷ Anticipamos ya la opinión del profesor LACRUZ (*op. cit.*, p. 1002) para quien «no obstante la nueva legislación no ha vuelto a transformar, sino a confirmar, las soluciones que me parecían más ortodoxas para el viejo régimen...».

¹⁸ Vid. LACRUZ, J. L., *op. cit.*, pp. 1005 ss; TIRADO SUÁREZ, F. J., *op. cit.*, p. 240; RIERA AISA, L., «El llamado derecho propio del beneficiario de un seguro de vida al capital del mismo y las relaciones jurídicas familiares, sucesorias y obligacionales del que lo contrató», *AAMN*, t. VII, 1953, pp. 316 ss.

de seguro de supervivencia en el que ambos cónyuges figuren como tomadores y como beneficiarios del mismo, puesto que se considera como una adquisición a título oneroso (ya que ha existido un pago previo de las primas gananciales) encuadrable en el artículo 1347 CC¹⁹. En nuestra opinión, lo mismo puede sostenerse en el supuesto de seguro de sobrevivencia contratado por cualquiera de los cónyuges y satisfecho con primas procedentes del patrimonio ganancial, en el que el mismo cónyuge tomador ocupe la posición de beneficiario. En este caso no estamos en presencia de un contrato en favor de tercero y, por lo tanto, no son de aplicación sus presupuestos, viéndose mucho más claro su carácter de contrato oneroso y aleatorio, en el que la contraprestación al pago de las primas (gananciales) es el pago del capital (ganancial).

4.2 Carácter de las primas: obligación de reembolso

Pero es necesario ver la procedencia del caudal con el que se satisfacen las primas a efectos de su calificación como gananciales o privativas, lo que traerá importantes consecuencias en relación con la obligación de reembolso por parte del beneficiario.

4.2.1 *Primas privativas*

Si las primas proceden del patrimonio privativo del cónyuge tomador, cualquiera que sea el beneficiario, pertenezca al círculo familiar o sea extraño a éste, no existirá obligación alguna de reembolso por su parte, una vez transcurrido el siniestro, cuando entre en posesión de la suma asegurada, ya que el otro cónyuge no es acreedor de la mitad de las primas satisfechas por lo que nada podrá reclamar en aplicación del artículo 88.1 LCS. Sin embargo hay que dejar constancia de la dificultad de que se produzca esa situación en la práctica, a lo que se añade el hecho de que, aunque pueda producirse, la prueba del pago con fondos privativos resultará muy difícil debido a la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC.

4.2.2 *Primas gananciales*

Si, como es normal, las primas proceden del patrimonio ganancial, para verificar si procede o no la obligación de reembolso habrá que atender a dos conceptos: *la persona del beneficiario y la cuantía de las primas satisfechas*.

En efecto, el artículo 1362.1 CC establece, al hablar de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales que «serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.º) El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia».

¹⁹ Esta es la posición mantenida por TIRADO SUÁREZ (*op. cit.*, p. 239). Habla este autor de que la comunidad conyugal asuma la condición de tomador, asegurado y beneficiario. No vemos muy claro que la comunidad conyugal asuma esas posiciones, ya que no tiene personalidad para ser sujeto de las relaciones jurídicas que suponen esas posiciones contractuales. Si acaso serán ambos cónyuges los que las ocupen. En un sentido más dubitativo se expresa LACRUZ (*op. cit.*, p. 1008) que en el caso de seguro de supervivencia en el cual el tomador es asimismo beneficiario, si las primas se pagaron con fondos comunes parece que deberían entrar en el patrimonio ganancial del asegurado casado, mencionando el autor la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC.

Este artículo nos habla de las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia como de cargas de la sociedad de gananciales. Dos cuestiones pueden plantearse: el significado de la calificación como de «carga» de la sociedad de gananciales y si el seguro de vida entraría dentro de esas «atenciones de previsión» a las que se refiere la norma.

En relación con la primera cuestión, se consideran *cargas* de la sociedad de gananciales los gastos o pagos que, por razón de su finalidad, deben repercutir, de *modo definitivo* —es decir, sin posteriores reembolsos— sobre el patrimonio ganancial, con independencia de que, frente al acreedor haya o no obligación directa de la sociedad. Y a este respecto hay que diferenciarlas de las *obligaciones* de la sociedad de gananciales que, si no coinciden con las cargas, de forma que con los bienes gananciales se atienden gastos o pagos que han de ser, en definitiva, de cargo sólo de uno de los cónyuges, la sociedad tiene un *derecho de reintegro* frente al cónyuge, aunque el pago se refiera a obligaciones directas de la sociedad²⁰.

Respecto a si un seguro de vida entraría dentro de las *atenciones de previsión*, la doctrina incluye en este concepto la contratación de diversos tipos de seguros²¹, entre los que, claro está, se encuentran los seguros de vida, pero siempre que cumplan la condición de ser acomodados a los usos y circunstancias de la familia, lo que se traduce en que deben contratarse en favor de una persona que pertenezca al *círculo familiar del tomador* (teniendo en cuenta el moderno concepto de familia, es decir, cónyuge e hijos de doble vínculo) y que, por otra parte, la cuantía de las primas sea *proporcionada* a los usos y circunstancias de la familia. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que, siempre que se den las anteriores circunstancias, el pago de las primas del seguro de vida corre a cargo de la sociedad de gananciales y el beneficiario, una vez entre en posesión de la suma asegurada, está eximido de reembolsar el valor de la mitad de las primas a la comunidad conyugal²². Se llega así a la misma solución que contempla el ordenamiento francés²³.

²⁰ Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1362», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, op. cit., p. 682.

²¹ Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario...», op. y loc. últ. cit.; GIMÉNEZ DUART, T., «Cargas y obligaciones del matrimonio», *RDP*, 1982, p. 542; MORO ALMAZAN, M. J., «Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Código Civil español», *RDP*, 1986, pp. 1020 ss.; TIRADO SUÁREZ, F. J., op. cit., p. 238; RUEDA PÉREZ, M. A., y J. M., «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del CC de 13 de mayo de 1981», *RDP*, 1982, p. 559.

²² Así, LACRUZ, J. L., op. cit., pp. 1009 ss. La posición de este autor es resumida por CLAVERÍA GOSÁLBEZ («Derecho de seguros y Derecho civil patrimonial», op. cit., p. 1129): «distingue Lacruz varios supuestos: 1.º Seguros contratados en favor de extraños, de parientes o del propio contratante: en principio surge derecho de reembolso a favor de la comunidad ganancial, 2.º Seguros en favor del otro cónyuge: no hay reembolso salvo que el beneficiario no llegue a cobrar y las primas fueren excesivas; y no hay porque dicho seguro cae, en principio, en el ámbito del núm. 1 del artículo 1362 CC, 3.º Seguros contratados conjuntamente por ambos cónyuges en favor del sobreviviente: evidentemente tampoco surge derecho de reembolso». También sustenta esta postura TIRADO SUÁREZ, op. cit., p. 239. Esta solución fue la aportada antes de la vigencia del artículo 1362 CC por RIERA AISA, L. (op. cit., pp. 324 ss) quien considera que el criterio sentado por la STS de 22 de diciembre de 1944 no puede ser admitido con carácter general puesto que se producirá «un hondo quebranto en el campo del seguro económico matrimonial». Para este autor el no reembolso de las primas se basa en razones de índole moral: «a través de todo el articulado prohibitivo de nuestro Código Civil brota la idea permisiva para el marido, de utilizar con moderación y con fines de beneficencia y previsión las rentas de los bienes gananciales una vez satisfechas las atencio-

Por el contrario, cuando no se den cumulativamente esas dos circunstancias y, por lo tanto, el beneficiario *sea ajeno* al círculo familiar (parientes, hijos no matrimoniales²⁴, extraños) o la cuantía de las primas *sea desproporcionada* teniendo en cuenta los usos y circunstancias de la familia, si las primas se han satisfecho con caudal ganancial, la comunidad será acreedora de las mismas, y podrá obtener su reembolso del beneficiario como cualquier otro acreedor, por la vía del artículo 88.1 LCS²⁵.

Dentro de este último supuesto cabría destacar el caso de que, satisfechas las primas con caudal ganancial, el beneficiario (ajeno a la familia) haya sido nombrado por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, o cuando un cónyuge revoca la designación realizada conjuntamente o en favor del otro cónyuge. Como pone de manifiesto la doctrina²⁶, y en virtud de lo establecido en el artículo 1390 CC, el cónyuge que haya llevado a cabo la designación o la revocación, será deudor a la sociedad de gananciales por el importe de las primas satisfechas, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto. El fraude puede, además, si estamos en presencia de un seguro para caso de sobrevi-

nes principales a que deben dedicarse... si en un matrimonio normal, el marido, sin quebrantar la economía doméstica, destina al pago de unas primas de seguro parte de las rentas que de otro modo se invertirían en finalidades distintas, no hay razón moral alguna para que al disolverse el matrimonio la esposa deba devolver el importe de aquellas cantidades».

²³ En efecto, el artículo L 132-16 establece: «el beneficio de un seguro contratado por un esposo comunitario en favor de su cónyuge constituye un bien privativo de éste. A la comunidad no se le debe recompensa alguna por razón de las primas pagadas por ella salvo en los casos especificados en el artículo L 132-13 § 2» (que se refiere a las primas manifiestamente exageradas). Este precepto consagra las soluciones aportadas por la jurisprudencia anterior. *Vid.* BESSON, A., *Le contrat...*, *op. cit.*, pp. 814 ss.; BIGOT, J., *op. cit.*, p. 88; JACOB, N., *op. cit.*, p. 455; MILCAMP, T., «Attribution à titre gratuit du bénéfice de l'assurance vie et droit des libéralités», *Mélanges A. Besson*, Paris 1976, p. 303. Es de interés especial el estudio específico llevado a cabo por BEAUQUIER, G. L., «Contrat d'assurance-vie entre époux. Changement de bénéficiaire. Dévolution du bénéfice de l'assurance en cas de divorce», *RGAT*, t. 53, 1982, p. 583 ss. No obstante la jurisprudencia más reciente (Civ. 1.^a, 31 de marzo de 1992, note J. L. AUBERT; JCP 1993, II, 22059, note B. ABRÿ; 1992, I, 3614, núm. 6, obs. P. SIMLER; Defrénois 1992, p. 1159, obs. CHAMPEÑOIS, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1992, p. 632, obs. F. LUCET y B. VAREILLE) ha reabierto el debate sobre esta cuestión en Francia como lo demuestran GHESTIN («Clair-obscur sur l'assurance-vie», de l'arrêt Pelletier à l'arrêt Praslicka, *JCP*, 1993, éd. G., I, 318, p. 480, núm. 8.) y MAYAUX («Les relations entre le droit des assurances et le droit de la famille: questions d'actualité», *RGAT*, t. 65, 1994, p. 436; ID, «Droit de la famille contre droit de l'assurance: la guerre des Codes», *Argus*, 9 septiembre 1994). Este último ha propuesto incluso la reforma del artículo L 132-16 para su adecuación a las modificaciones del Derecho de familia.

²⁴ Si se trata de un hijo no matrimonial, el CC distingue dos situaciones: si convive en el hogar familiar, su alimentación y educación correrá a cargo de la sociedad de gananciales, es decir, estos gastos son definitivamente cargas de esta sociedad, pero no se habla de gastos de previsión. Si no convive, los anteriores conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero dan lugar al reintegro en el momento de la liquidación (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, p. 683). El reembolso de las primas se ve claro en el caso de hijos no matrimoniales no convivientes, pero incluso parece aplicable en el supuesto de hijos no matrimoniales convivientes, puesto que como señala LACRUZ (*op. cit.*, p. 1009): «en realidad, el seguro en favor de los hijos que no son del matrimonio aun convivientes, no entra habitualmente en los conceptos de "alimentación y educación" únicos que, para los hijos de distinta unión convivientes, pone el artículo 1362 a cargo de la comunidad».

²⁵ *Vid.* LACRUZ, J. L., *op. cit.*, pp. 1009 y 1010.

²⁶ Las situaciones de fraude son recogidas por TIRADO SUÁREZ (*op. cit.*, pp. 242 y 243).

vencia, legitimar el ejercicio de la acción de disolución de la sociedad de gananciales, en virtud de lo establecido en el artículo 1393.2 CC: «Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro dentro de la sociedad».

Otra cuestión debatida a nivel doctrinal es la de si, en virtud de lo establecido en el artículo 1391 CC, el acto realizado en fraude de los derechos del consorte será, además, rescindible si se prueba que el adquirente ha procedido de mala fe. O si, en virtud de lo establecido en el artículo 1378, puede ser declarado nulo. Sin embargo, parece que la duda es resuelta en favor de la aplicación de la disciplina propia del seguro de vida, en base a la naturaleza mercantil del contrato de seguro²⁷ y privilegiada del artículo 88 LCS. Esto nos llevará a que el cónyuge defraudado, una vez ha acontecido el siniestro, no podrá solicitar ni la rescisión ni la nulidad del contrato de seguro, sino que su actuación se constreñirá a los límites marcados por el artículo 88.1 LCS; a reclamar (como acreedor que es del tomador) del beneficiario la totalidad de las primas percibidas a efectos de cálculo de la parte correspondiente en la liquidación de la sociedad de gananciales. Además, también podrá, utilizando este mismo precepto, accionar contra el beneficiario en su condición de legitimario, reclamando las primas satisfechas en fraude de sus derechos como tal²⁸.

5. CONCLUSIÓN

En el caso de la sentencia cuyo análisis no ocupa, podemos ver cómo, de conformidad con lo expuesto, uno de los dos requisitos que cumulativamente se exigen para excluir el derecho al reembolso —que el beneficiario pertenezca al círculo familiar— no se cumple, ya que las beneficiarias son la madre y las hermanas del tomador. Por esa razón, el cónyuge demandante tendría derecho al reembolso de las primas satisfechas en fraude de sus derechos, que en este caso sería a la mitad del importe de las primas satisfechas durante la vigencia del régimen de gananciales. Y, por lo tanto, como un acreedor más, podría dirigirse contra los beneficiarios citados *ex* artículo 88.1 LCS.

Pero además, como acabamos de apuntar, sus derechos no acaban ahí, sino que también su condición de legitimario, le permite, en base al mismo precepto reclamar las primas satisfechas en fraude de sus derechos como tal. La calificación como donación indirecta de las primas del seguro es la razón última de que a tenor de lo establecido en el último inciso del artículo 88.1, estén sujetas al

²⁷ La cuestión de la calificación como mercantil del contrato de seguro es, sin embargo, discutida por la doctrina, y hay que destacar la postura de VICENT CHULIÁ [«Concepto y caracteres del contrato de seguro», en *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro* (dir. VERDERA Y TUELLS, E.), t. 2, Cunef-CSB, Madrid, 1982, pp. 149-152] quien argumenta en favor de la aplicación a este contrato de las fuentes del Derecho civil. Aun así la regulación de la LCS es especial respecto a la general del CC.

²⁸ *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *op. cit.*, pp. 240-241. Señala TIRADO SUÁREZ (*op. cit.*, p. 244) que «aun en hipótesis de la total insolvencia del beneficiario, el volumen de las primas defraudadas se imputa en el activo de la sociedad conyugal conforme al artículo 1397 CC, conservando el cónyuge defraudado su derecho de reintegro frente al otro cónyuge sobre la base del artículo 1403 CC». Nos preguntamos si lo mismo sucede en el supuesto de la no total satisfacción de las primas por parte del beneficiario. Parece que la respuesta podrá ser afirmativa conservando el cónyuge defraudado el derecho de reintegro por la suma de las primas no satisfechas.

régimen de las donaciones, lo que supone la posible aplicación de dos instituciones: la colación cuando el beneficiario es, además, heredero forzoso –como lo es la madre del tomador, por no existir hijos o descendientes– y la reducción de donaciones por inoficiosidad cuando no lo es, como ocurre en el caso de las otras beneficiarias, las hermanas del tomador.

En conclusión, tal vez hubiera sido deseable que el Tribunal Supremo se hubiera pronunciado también sobre el extremo que hemos intentado analizar ya que si bien la esposa demandante en modo alguno puede revocar la designación realizada por el tomador, lo cierto es que el ordenamiento jurídico también protege sus derechos de la forma señalada anteriormente.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Pedro ARENAS NAON; José M.º BECH SERRAT; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Antoni CALLE ORTEGA; Ignacio DÍAZ DE LEZCANO; Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ; Regina GAYA SICILIA; Alfonso GONZÁLEZ GOZALO; Antonio JIMÉNEZ CLAR; Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, y Albert RUDA GONZÁLEZ**

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Registral. Hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil*.—III. *Derecho procesal*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Sucesión de títulos nobiliarios. Criterios aplicables.—El artículo 5 del Real Decreto de 4 de junio de 1948 establece que la sucesión de los títulos nobiliarios debe llevarse a cabo observando lo dispuesto en su título de concesión. Sin embargo, aunque el título de concesión utilice para la sucesión los criterios de masculinidad y primogenitura, la doctrina reiterada de esta Sala (SSTS de 7 de julio de 1986, 20 de junio y 27 de julio de 1987, 28 de abril y 21 de diciembre de 1989, 22 de marzo de 1991 y 18 de abril de 1995) mantiene que el criterio de la masculinidad (preferencia del varón) no es aplicable porque es inconstitucional al vulnerar el artículo 14 de la Constitución por lo que sólo se debe estar al criterio objetivo de la primogenitura, que no implica discriminación por razón de sexo. El TS cuando una persona obtiene Real Carta de sucesión de un título nobiliario en base al criterio de la masculinidad, afirma que no estamos ante una sucesión regular sino ante una cesión del título en favor de persona que no ostenta el mejor derecho a suceder.

Cesión de título nobiliario a persona que no ostenta el mejor derecho. Requisitos para su validez.—El artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 dispone que la cesión de un título nobiliario a una persona que no ostenta el mejor derecho a suceder no puede perjudicar a los llamados a suceder con preferencia al cesionario y por ello exige que quien tenga derecho preferente a suceder el título debe probar de forma expresa y en acta notarial el acto de cesión del título nobiliario a persona con peor derecho. Aunque la persona que ostenta mejor derecho haya recibido una compensación económica, si no se han cumplido esos requisitos la cesión no es válida. Con relación a este tema, el TS (SS de 7 de diciembre de 1985, 21 de febrero de 1991 y 11 de diciembre de 1995) ha señalado que el tenedor de la dignidad nobiliaria no puede disponer de ella de manera diferente a la que señala el Decreto de concesión. (STS de 13 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Doña P.A.C. primogénita del último tenedor del título nobiliario de Marqués de Oroquieta presentó demanda solicitando que se declarara la nulidad e ineficacia de la Real Carta de sucesión del título nobiliario otorgada a favor de su hermano menor, don L.A.C., como consecuencia de la cesión del título que realizó su padre en escritura pública a favor de su hijo varón y que se declarase su mejor derecho para poseer el mencionado título nobiliario. El padre compensó económicamente a la hija primogénita.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. El TS casó la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, formulando un Magistrado un voto particular.

NOTA.—El Sr. Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada formula un voto particular en el cual expone su opinión sobre la sucesión de títulos nobiliarios. En primer lugar realiza una exposición de los antecedentes históricos de la cuestión. En segundo lugar fija un contenido jurídico de los títulos nobiliarios. A continuación argumenta en favor del carácter no discriminatorio de los títulos nobiliarios. En cuarto lugar afirma que no es aplicable la Convención de 16 de diciembre de 1979 de Nueva York sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer a este tema porque los títulos nobiliarios no afectan a los derechos humanos ni a las libertades fundamentales de la persona. Así mismo señala que los títulos nobiliarios tienen carácter honorífico y que no se pueden equiparar a un derecho fundamental de la persona. En conclusión, el Magistrado en su voto particular defiende que la preferencia del varón respecto de la mujer en las sucesiones nobiliarias no vulnera el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de nuestra Constitución.

La STC 126/1997, de 3 de julio, utiliza similares argumentos a los expresados en el voto particular del Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada. Esta STC cierra de forma definitiva el contencioso sobre la sucesión regular de las dignidades nobiliarias. El TC admite la constitucionalidad de los títulos nobiliarios porque, en la actualidad, tienen carácter simbólico y honorífico. Afirma que para no desvirtuar el origen y la naturaleza histórica de las dignidades nobiliarias el régimen de su transmisión *mortis causa* debe ser el que la voluntad Regia fijó en la Real Carta de concesión. El TC concluye afirmando que la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado no es contraria al artículo 14 de la Constitución. (M. J. P. G.)

2. Circunstancias que imponen la caracterización de un personaje como «público» y consecuencias que derivan de esta calificación.—«...la soberanía del pueblo; el que de él emanan los poderes del Estado; el pluralismo político como garantía del Estado democrático; la trascendencia de unas elecciones para determinar quién ha de ostentar el poder; lo importante de la comisión que ha de formar las candidaturas en una comarca; la autonomía de los municipios; la legitimidad de las discrepancias; el que éstas surjan dentro de un partido, entre miembros pertenecientes al mismo; el que la intromisión ilegítima (art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982) sea concepto que deba ser interpretado y aplicado de forma que respete el contenido del derecho esencial a difundir información, sobre todo cuando verse sobre temas de trascendencia pública cual unas

elecciones, son otras tantas circunstancias para mantener que en tal situación la personalidad del recurrente entra en el campo de lo público, trasciende de lo privado y conduce a una mayor tolerancia y flexibilidad al valorar ciertas expresiones o exposiciones de hechos, debiendo advertirse también que la circunstancia de aparecer mezclados en el artículo periodístico elementos valorativos e informativos, así como discutibles conjeturas, no permite por sí solo apreciar una lesión del derecho al honor, pues no es exigible un relato, puro, objetivo y aséptico, que sería incompatible con el pluralismo y la tolerancia de la libre manifestación de opiniones y críticas de la actividad de quien va a contribuir de un modo esencial en la designación de quienes pueden acceder a desempeñar una función pública (sobre estos principios pueden consultarse las SS de 26 de febrero de 1992, 20 de febrero de 1993 ó 26 de abril de 1994, que, en esencia, mantienen idéntica doctrina).

La calificación de «cacique» no implica lesión del derecho al honor, intimidad personal y familiar del así aludido.—«Con cuanto antecede y con el acertado análisis que las sentencias de instancia realizan de la acepción que ha de atribuirse a la palabra “cacique”, en su sentido figurado y familiar, tal como se constata en el Diccionario de la Real Academia Española, es llano que no existe intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal y familiar del recurrente, que acepta formar parte de una comisión con la que no están de acuerdo otros miembros del partido y que consideran, con acierto o sin él, menos democrática y más “caciquil” que el sistema que se venía utilizando, lo que, en definitiva, habían de juzgar los lectores».

Valor prevalente de las libertades consagradas en el artículo 20 de la Constitución.—«Como dijo la STC 172/1990, “las libertades del artículo 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unido al pluralismo político que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático. Esta excepcional trascendencia otorga a las expresadas libertades un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática”».

Deber de asumir el riesgo de lesión de sus derechos subjetivos de la personalidad por opiniones/informaciones de interés general por parte de quienes participan en asuntos de relevancia pública.—«También se ha repetido por el TC y por esta Sala que quien resulta implicado en asuntos de relevancia pública viene obligado por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática».

Exigencias del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.—«...lo que el principio de igualdad exige, como regla general, es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, de manera que no toda desigualdad de trato en la regulación de una determinada materia entraña vulneración del derecho fundamental a la igualdad, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no posean una justificación objetiva y razonable para la diferenciación; y circunstancias objetivas y razonables, no arbitrarias, son la implicación en asunto de relevancia pública y la trascendencia del mismo». (STS de 29 de diciembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente en casación, miembro de la comisión del Partido Popular encargada de confeccionar las candidaturas para las elecciones municipales de mayo de 1991, acude al Juzgado por entender que en un artículo firmado por el presidente comarcal, el coordinador y una concejala de su partido, se lesiona su derecho al honor. El Juzgado de primera instancia desestima la demanda considerando que no hubo intromisión ilegítima en el honor del actor. La Audiencia provincial confirma la resolución apelada. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

3. Competencia de la jurisdicción civil en materia de defensa del honor. Principio de «intervención mínima» que preside el orden penal.—«Se formula “como primer motivo de casación la incompetencia o inadecuación del procedimiento del apartado 2 del artículo 1692 LEC en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo legal, en cuanto que la Jurisdicción utilizada por el demandante no ha sido la correcta, pues, el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, establece que cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal”. Este planteamiento es defectuoso porque, en realidad, se denuncia exceso en el ejercicio de la jurisdicción y su vía adecuada sería el núm. 1 del artículo 1692 y no el núm. 2, lo cual podría comportar la inadmisión -ya desestimación- del motivo, pero, con el fin de satisfacer lo más ampliamente posible el derecho constitucional (art. 24-1) a la tutela efectiva judicial, la Sala procederá a su examen, que igualmente conduce a su desestimación atendiendo a la doctrina jurisprudencial que, conforme a lo declarado por el TC (S de 16 de diciembre de 1991), viene reiterando (SS de 26 de enero y 24 de julio de 1993, 26 de abril de 1994 y 14 de junio de 1995) que supone un debilitamiento o restricción de la acción civil de defensa de los derechos de la persona en favor de la vía penal, que ha de estimarse desproporcionada respecto del fin perseguido por la norma legal y que pugna con el principio de intervención mínima que preside el orden penal, llevando a un resultado lesivo de los derechos fundamentales y constitucionalmente inaceptable, el obligar al justiciable a recorrer, en defensa de su honor, toda la vía penal, para, una vez finalizada ésta, iniciar la civil. En el presente caso, dado que no pende proceso penal alguno sobre los hechos objeto de la acción civil, ni está condicionada la decisión de la cuestión que constituye el objeto del proceso civil por la previa calificación de los mismos como constitutivos de delito, es evidente que en el conocimiento del asunto por los Tribunales del orden civil no se ha producido exceso jurisdiccional».

Requisitos para apreciar vulneración del derecho al honor: no se requiere ni *animus diffamandi* ni beneficio de la persona que vierte las afirmaciones supuestamente lesivas de este derecho.—«...el ataque al crédito personal de éste se produjo naturalmente por el propio tenor de sus manifestaciones ...lo cual es perfectamente correcto sin que sea exigible un específico *animus diffamandi*, como sostiene el recurrente, sino que basta que objetivamente se cause el desmerecimiento contemplado en la Ley, y en cuanto a que se halle ausente el beneficio para la persona que vierte las afirmaciones, sólo ha de recordarse que tal beneficio se pondera en la Ley -y en la jurisprudencia, incluso la citada por el recurrente- en relación con el *quantum* de la indemnización procedente (art. 9-3), pero no como requisito para apreciar la intromisión ilegítima de que se trata». (STS de 6 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El Director General de Programación e Inversiones del Ministerio de Educación y Ciencia demandó a un periodista, a las sociedades editoras, editores y directores de seis periódicos y a la Agencia EFE por vulneración de su derecho al honor. El Juzgado desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción. Apeló el actor y la Audiencia provincial, revocando la resolución, estimó parcialmente la demanda en cuanto interpuesta contra el periodista. No hubo lugar al recurso de casación promovido por éste. (R. G. S.)

4. Ponderación casuística de los límites de los derechos fundamentales libertad de información-honor, intimidad y propia imagen. Criterios para determinar la preferencia de la libertad de expresión e información.—«Tanto el TC como este TS vienen señalando que la colisión entre los derechos fundamentales libertad de información-honor, intimidad e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites y fronteras de uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, huyendo, más que en ninguna otra materia, de formalismos enervantes, siquiera haya de afirmarse siguiendo la jurisprudencia constitucional que “el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de la legitimidad democrática que se enuncia en el artículo 1, apartado 2, de la Constitución y que es base de nuestra ordenación jurídico política” —STC de 16 de marzo de 1981— puntualización que la Constitución otorga a las libertades del artículo 20 “una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales” —STC de 17 de julio de 1986—; por último, la libertad de información, indisoluble del pluralismo político, es garantía de la opinión pública y ha de prevalecer cuando versa sobre hechos de interés general, con trascendencia política, social o económica, primando entonces sobre el interés a la dignidad e intimidad personal, de tal manera que la veracidad que se exige a la información no priva de protección a aquellas que puedan resultar erróneas o no probadas en juicio, si han sido contrastadas con datos objetivos, aun cuando su total exactitud sea controvertible (STC de 8 de junio de 1988).

Cuando en el ejercicio de la libertad de expresión e información reconocida en el artículo 20.1 CE resulte afectado el derecho al honor de alguien, el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información y, por tanto en posición preferente (SSTC de 22 de febrero de 1989 y 11 de noviembre de 1991) y en el mismo sentido la sentencia de este Tribunal de 17 de octubre de 1991 dice que “el TC ha afirmado reiteradamente que en la confrontación de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor que aquélla goza, en general, de una posición preferente, siendo preciso, para indagar en cada caso concreto si el derecho de información debe prevalecer, constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en que esa persona se haya visto involucrada y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidas en esa información, de manera que la libertad de información no puede considerarse como absoluta”».

La carga de la prueba de la veracidad de los hechos recae sobre el autor de la información.—«En el artículo periodístico objeto de este litigio no se está atribuyendo al recurrente la comisión de delito alguno y si bien es cierto que aquél a quien se atribuyan hechos en una información periodística que, por su naturaleza, puedan constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor de esa persona, no viene obligado a la prueba de la inexistencia de tales hechos o de que no tiene carácter delictivo, sino que es el autor de la información quien ha de pechar con la prueba de su veracidad, la cual no ha de coincidir siempre y necesariamente con la realidad de los hechos, en el presente caso, aparece acreditada la veracidad de la información en la que no se contienen juicios de valor de los hechos informados ni se califican como delictivos». (STS de 5 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En la revista *Época* se publicó un reportaje que versaba sobre los negocios inmobiliarios del alcalde de La Coruña. En uno de sus apartados se refería la venta de concesiones de varios aparcamientos subterráneos a un importante hotelero asturiano al que se vinculaba con conocidos narcotraficantes y con operaciones de blanqueo de dinero procedente del tráfico ilegal de drogas. Interpone el aludido demanda de protección civil al honor contra la empresa editora del semanario, su director y el autor del reportaje. El Juzgado la desestima. Desestima también la Audiencia el recurso de apelación. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

5. Interpretación del requisito de «persistencia» en los supuestos de incapacitación del artículo 200 CC.—«El artículo 200 CC contempla como supuestos de incapacitación los determinados por enfermedades psíquicas o mentales, las psicofísicas y las deficiencias o alteraciones de carácter físico, siempre que sean constantes que hay que entender como de permanencia hacia el futuro y no hacia el pasado, como pretenden los recurrentes, lo que aleja toda alteración transitoria y que, en todo caso, como presupuesto *sine qua non*, impida al sujeto gobernarse por sí mismo en el aspecto personal como en el patrimonial».

Prueba pericial: valoración y supuestos de impugnación.—«Las pruebas periciales, según el artículo 632 LEC y constante doctrina jurisprudencial (SS de 20 de febrero de 1991 y 28 de febrero de 1992, entre otras), son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de las mismas (SS de 31 de marzo de 1967 y 10 de febrero de 1994). El desacierto de estas pruebas admite la censura casacional, no en cuanto a la prueba misma y sí respecto a su valoración, mediante denuncia de las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC, lo que no hacen los recurrentes (SS de 1 de octubre de 1990 y 15 de julio de 1991). En esta línea de razonamiento cabe ser impugnadas cuando las conclusiones valorativas a que llega el Tribunal de instancia contradicen abiertamente la racionalidad, conculcando las más elementales directrices de la lógica (SS de 25 de noviembre de 1991, 10 de julio de 1992, 10 de marzo y 7 de noviembre de 1994, 3 de abril de 1995 y 17 de mayo de 1995), o no guardan la debida coherencia (S de 28 de marzo de 1993), o se presentan contradictorias las conclusiones obtenidas (S de 11 de octubre de 1994)».

Audiencia de los parientes próximos del presunto incapaz: eficacia. Parientes respecto de los que procede dicho trámite.—«En cuanto a la alusión, más que argumentación, de haberse prescindido de la audiencia de los parientes

más próximos, esta Sala ha declarado la necesidad de llevar a cabo tal actuación procesal, aunque hay que decir que el resultado de la audiencia no produce vinculación para el Juez y así la sentencia de 20 de marzo de 1991, declaró que la materia objeto del debate afecta al orden público, pudiendo ser examinada de oficio, al contener el artículo 208 una norma imperativa de trascendencia constitucional. Las SS de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, aprecian el quebrantamiento formal en que incurrió la Audiencia, al haber declarado situación de incapacidad, sin haber oído a los parientes más próximos, y al no haber practicado el examen judicial del presunto incapaz.

En el caso de autos si bien no se produjo audiencia directa de los parientes más próximos de la incapaz, es decir los hijos y el esposo, sin embargo se cumplió la norma, toda vez que fueron las partes litigantes todos ellos, pues dos de los hijos son los promoventes del delito y con ello afirmaron su convicción, tanto por su relación directa con la madre, como por el dictamen que aportaron y otras circunstancias, aparte de darse imperativos intereses materiales; por lo que estos parientes, obviamente han de ser excluidos de la audiencia. En cuanto a la otra hija, así como el esposo, figuran como demandados y si bien se les declaró rebeldes, tuvieron las oportunidades procesales para hacer las alegaciones que hubieran tenido por conveniente.

En reciente sentencia de fecha 30 de diciembre de 1995 esta Sala de casación civil vino a decretar respecto a esta cuestión, que no procede la audiencia respecto a los parientes que actúan como demandantes, así como los que intervienen en el proceso en situación de litigantes demandados, aunque en aquel caso se personaron y contestaron y en el presente permanecieron en rebeldía por su voluntad, pero con todas las posibilidades de hacerlo, lo que haría inútil e incluso no posible su audiencia». (STS de 19 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos hermanos solicitan se dicte sentencia declarando que su madre está incapacitada para regir su persona y bienes desde los ocho años anteriores a la fecha de celebración por ésta de la compraventa de una finca urbana y que como consecuencia de lo anterior este contrato y los actos y contratos que de él traen causa son nulos. Son demandados los compradores de la finca y codemandados, junto con la madre, el padre y una hermana de los actores. El Juzgado declara la incapacidad solicitada desde la fecha de firmeza de la sentencia desestimando, en consecuencia, el resto de las pretensiones. La Audiencia confirma la sentencia del Juzgado. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

6. Principio de buena fe: la imposibilidad de ir contra los propios actos abarca todo el ordenamiento jurídico y limita el ejercicio de los derechos subjetivos.—El ejercicio intempestivo de una sanción, y el quebranto del principio de proporcionalidad supone ejercicio antisocial del derecho.

Actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro, también quien ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo y quien realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación, todo lo cual vulnera las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, por lo que existe la posibilidad de impugnar el acto anti-jurídico.

Analogía.—Difícilmente se pueden aplicar a las relaciones puramente civiles (derecho de asociaciones) las normas del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Penal, pues éstos son manifestaciones de orden punitivo del Estado.

El ordenamiento jurídico, aunque no esté formado por compartimentos estancos, sí lo está por varios sistemas con características peculiares que impiden que se puedan reconducir de forma absoluta un eje directivo central.

No existe identidad de razón entre la prescripción de las infracciones en las que puedan incurrir los miembros de una asociación privada, en las que los asociados se dan una norma estatutaria, o se adhieren a ella de modo voluntario, y la prescripción de las faltas tipificadas en el Código penal.

No cabe estimar el recurso de casación cuando haya de mantenerse el fallo de la sentencia recurrida, aunque sea por otros fundamentos jurídicos distintos de los que ésta tuvo en cuenta. (STS de 2 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. S. y don V. S. S. socios y miembros de la Comisión Revisora de cuentas del Círculo Mercantil de Palma, son expulsados por la Junta Directiva por entender que habían incumplido la obligación estatutaria de facilitar el informe contable correspondiente al ejercicio de 1997. Los actores solicitan ante el Juez de primera instancia la reintegración en la calidad de socios de dicha entidad. Se desestima la demanda en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Las Palmas revoca la sentencia, y declara nulo el acuerdo de expulsión, obligando a la entidad a reintegrar a los demandantes en su calidad de socios. El TS declara no haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia. (I. G.F.-D.)

7. Persona jurídica: realidad económica, teoría de la ruptura del velo.—El Tribunal establece la imputación al «acervo económico patrimonial» del actor, empresario individual, de las letras libradas por él como representante de la entidad mercantil. Esta entidad mercantil es continuadora del actor empresario individual en las actividades comerciales, por lo que, al parecer del Tribunal, hay «identidad del mismo núcleo empresarial». Esto sería suficiente según el Tribunal para la imputación, pues al mismo resultado se llegaría utilizando la doctrina jurisprudencial acerca de la penetración en la realidad económica de la personalidad jurídica en pos de aflorar *ad extra* la verdad material subyacente cuando la misma se encubre con el formalismo de la ficción de la apariencia societaria o utilizando la teoría de la ruptura del velo.

Reconvención y excepción.—Se plantea la cuestión de si, frente a una reclamación de cantidad, la compensación de un crédito por obras se ha de hacer valer en vía reconvencional o en vía de excepción. El Tribunal considera la alegación del crédito compesable como un argumento de la defensa de igual naturaleza que los alegados por la parte actora, aceptando la vía de la excepción. (STS de 8 de febrero de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don J. B. P. V. en su nombre y como empresario individual y como representante de entidad mercantil, mantuvo unas relaciones comerciales con los demandados, discutiéndose, fundamentalmente, el carácter de favor de unas letras de cambio o si existen reales descubiertos. El actor interpone una demanda de reclamación de cantidad ante el Juzgado, que la estima en parte, siendo tal decisión recurrida por ambas partes. La Audiencia estima el recurso del actor. El

TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por los demandados. (P. A. N.)

8. Admisión jurisprudencial de la validez de las supracomunidades, comunidades plenas o urbanizaciones.—Se admite la coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas con fines administrativos, la de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización. Las urbanizaciones se rigen por sus estatutos, y supletoriamente por la LPH aplicada analógicamente y, si se crea una asociación con este fin, conforme a la ley de Asociaciones de 1964. Las asociaciones gozan de personalidad jurídica, al contrario que las comunidades de propietarios, sean de un edificio o de una urbanización. Sus normas estatutarias han de interpretarse conforme al criterio teleológico. Los asociados tienen el derecho, a efectos formales, de separarse de tales asociaciones, de acuerdo con la doctrina del TC, pero deben continuar colaborando en el sostenimiento de las cargas económicas derivadas de los bienes comunes.

Negocio fiduciario.—Existe una titularidad común transitoriamente, que coexiste con una titularidad formal o instrumental mediante el mecanismo del negocio fiduciario, negocio causal integrado por dos actos independientes pero con una única finalidad. Un acto de naturaleza real transmite el dominio, y otro obligacional que constriñe a la devolución de la cosa cuando se da la circunstancia prevista por las partes.

La eficacia real de la transmisión opera eficazmente frente a terceros, pero no *inter partes*, ya que el derecho de propiedad no integra el patrimonio del fiduciario. Si éste pretende la adjudicación definitiva obra de mala fe. Su título es inscribible en el registro, pero esto no altera su carácter instrumental ni los pactos *inter partes*, no pudiendo alegarse por el fiduciario la condición de tercero hipotecario. (STS de 5 de julio de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Catorce cooperativas de Vitoria constituyen la Asociación de Propietarios de la Unidad Residencial *Miguel de Unamuno* de Txagorritxo para gestionar los garajes y sistemas de calefacción comunes a todas las viviendas. El problema se plantea porque hay más viviendas que plazas de garaje, y algunos cooperativistas interpretan que a ellos les corresponden de manera definitiva aquellas que han venido usando provisionalmente.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda de la Asociación. Apelada la sentencia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria estima el recurso de la Asociación de Propietarios. Algunos cooperativistas interponen recurso de casación, y el TS declara haber lugar a éste en el único sentido de la posibilidad de darse de baja formalmente de la Asociación. (I. G. F-D.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Inexistencia de solidaridad. Existencia de un solo deudor.—En virtud del artículo 1137 CC, la solidaridad no se presume en nuestro derecho. Aunque la jurisprudencia de la Sala haya dulcificado, en determinados casos, el rigorismo del artículo 1137, en cuanto a la exigencia de que se «expresen» el carácter solida-

rio, ello no quiere decir que la demandante *Sociedad Anónima de Trabajos y Obras (SATO)* pueda establecer la conexión a su libre arbitrio entre quién se obligó directamente al pago, *Isolux S. A.*, y el Director Gerente de la Unión Temporal de las Empresas. No debe olvidarse que, en el caso que nos ocupa, *Isolux, S. A.*, asumía de forma directa y exclusiva, en virtud de contrato privado, el resultado económico del contrato, obligándose a abonar íntegramente y en todo caso a *SATO* el importe total de los trabajos que dicha empresa realizase durante la ejecución de las obras objeto del contrato, todo ello con independencia de los contratos que hubieran de suscribir y las responsabilidades frente a la Administración y terceros que resultasen de los mismos. Así, teniendo en cuenta, además de lo dicho, que: (a) la acción por incumplimiento se basa en el contrato privado y no en la escritura pública de la Unión Temporal de Empresas; (b) que no se puede condenar al pago de daños no acreditados en el pleito, y (c) que el pago de los únicos daños que han resultado probados corresponde, en base al referido contrato privado, a *Isolux, S. A.* no parece acreditada la existencia de otro deudor con conexión en la responsabilidad y consiguientemente, con un solo deudor, no puede hablarse de solidaridad.

Excepción de arbitraje (art. 533.8.ª LEC). Sumisión tácita.—El primer motivo del recurso denuncia el no haberse acogido la «excepción de arbitraje, a tenor de lo dispuesto en el artículo 533.8.ª LEC», ya que el artículo 14 de los Estatutos de la Unión Temporal de Empresas contenía una cláusula de arbitraje en virtud de la cual «toda divergencia que surgiera entre las empresas participantes de la Unión... será resuelta por las partes, mediante arbitraje de equidad,... con exclusión de recurrir a los Tribunales». La Sala desestima este motivo por entender que, habiéndose alegado una cuestión «previa» y pretendidas «faltas de legitimación» antes de aludirse a la excepción de arbitraje, y habiéndose contestado a la demanda en el mismo escrito, se ha producido un supuesto de sumisión tácita, previsto en el artículo 11, párrafo 2.º, de la propia Ley sobre Arbitraje (Ley 36/88, de 5 de diciembre), según el cual se entenderá que hay renuncia de las partes al arbitraje pactado cuando, interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.

Prueba y cuantificación de los daños.—Es doctrina reiterada de la Sala que no se puede condenar al pago de daños no acreditados en el pleito; que los daños han de ser probados en cuanto a su existencia en el pleito, pudiendo quedar sólo para ejecución de Sentencia la determinación de su cuantía; que no se ajusta a derecho la condena abstracta al abono de «daños y perjuicios que se hayan causado y que se puedan determinar en ejecución de sentencia», pues ello lleva a una inadmisibles condena condicional. (STS de 1 de marzo de 1996; ha lugar.) (A. C. O.)

10. Simulación relativa: vicios de la causa.—Cita la sentencia dos conceptos de simulación contractual, uno vinculado a la causa y otro como vicio de la declaración de voluntad, considerándolos equivalentes. Sin embargo, acoge aquí en el resto de la sentencia. Al estudiar la causa de los contratos de compraventa celebrados por los demandados, causa que entiende como fin perseguido, llega a la conclusión de que no se da la causa de la compraventa (que es el precio para el vendedor), sino que la causa sería, por una parte, pagar un crédito que se debía, y por otra, recibir unas fincas en contraprestación. Se habría, por lo tanto, celebrado bajo la forma simulada de un contrato de compraventa una dación en pago, siendo irrelevante la analogía entre ambas figuras. Al tratarse de un supuesto de simulación relativa, el Tribunal examina si en el contrato disimulado, en este

caso la dación en pago, concurren los requisitos necesarios para su validez, faltando la determinación del crédito, declarando el Tribunal la nulidad de los contratos.

Dación en pago: certitud del crédito a extinguir.—Se entienden aplicables por analogía las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago. Al exigir el artículo 1445 CC un precio cierto, se entiende, que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes, ha de ser cierto, esto es, determinado o determinable en el nuevo contrato, sin necesidad de nuevo convenio. (STS de 8 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Los actores pretenden la declaración de nulidad de unos contratos de compraventa celebrados entre su causante y los demandados. Estos contratos se celebraron para pagar una deuda del causante, y recibir unas fincas en contraprestación de los demandados. El Juzgado de Instancia estimó la demanda, siendo su decisión objeto de recurso ante la Audiencia Provincial que estimó este último. Los actores acuden en casación ante el TS que estima el recurso. (P. A. N.)

11. Indemnización por daños y perjuicios. Lucro cesante.—El artículo 1106 CC contempla la indemnización de las ganancias que se hayan dejado de obtener (el llamado «lucro cesante»), en cuanto actúan como frustración de un aumento del patrimonio de quien resulta perjudicado, teniendo aplicación general. No obstante la jurisprudencia civil se ha mostrado restrictiva en esta cuestión, excluyendo las ganancias futuribles, que son simples expectativas no consolidadas por presentarse dudosas, de resultado inseguro por estar desprovistas de constatada certidumbre. Las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurren verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables. En todo caso, es preciso que se haya practicado prueba suficiente, respecto a la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida de provecho económico (presencia de efectiva reducción en el volumen de la facturación de las mercaderías que comercializaba). En el presente caso, no aparece acreditada la relación de causalidad entre los daños causados por las inundaciones (reparados con celeridad) y las ganancias no obtenidas a consecuencia de la reducción de las ventas. En ningún caso se probó que la reducción de las ventas fuese efecto directo e inmediato imputable a los daños que afectaron al local por derrame de agua de las tuberías que lo atravesaban, debiéndose relacionar con otras causas completamente distintas y sobre todo con las oscilaciones muy acusadas en el mercado de la informática.

Revisión casacional de la valoración de la prueba.—No procede, en este caso, la crítica casacional del proceso de apreciación y valoración por el Tribunal de Instancia de las pruebas obrantes, pues la base fáctica tiene consideración de firme y su ataque casacional, según reiterada jurisprudencia, sólo es posible cuando el resultado alcanzado infrinja algún concreto precepto valorativo de la prueba. (STS de 8 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Computer Center Dos, S. A.*, en su condición de arrendataria del local comercial integrado en el edificio situado en el número 18 de la calle General Díaz Porlier, de Madrid, interpuso reclamación contra la Comunidad de Propietarios, por importe de 11.392.000 pesetas, como ganancias dejadas de obtener (lucro cesan-

te), concretadas en la disminución de la facturación por la explotación del negocio de venta y distribución de ordenadores que llevaba a cabo en las dependencias alquiladas. Dicha pretensión se basó en que los locales habían sido dañados en tres ocasiones -meses de agosto y diciembre de 1988 y marzo de 1989- como consecuencia de filtraciones de agua producidas por la rotura de las tuberías que discurrían por el techo del establecimiento. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La sentencia es recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid que desestima el recurso y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra la sentencia dictada en grado de apelación se interpone recurso de casación que resuelve el TS declarando no haber lugar al recurso. (A. C. O.)

12. Resolución por incumplimiento. Prueba de presunciones.—Cuando la Sala de instancia deduce de los hechos demostrados la falta de incumplimiento de los compradores no se aprecia el «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» exigido en el artículo 1253 CC. Ni los pagos realizados anteriormente por los compradores alcanzan a desvirtuar el impago de la letra de cambio, ni la crisis matrimonial y trámite de separación de los cónyuges compradores elimina la obvia situación de incumplimiento.

Frustración del fin del contrato.—A los efectos de la resolución del contrato, no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado y voluntad decidida de ocasionar la situación de incumplimiento. Basta que pueda atribuírsele una actitud, que no deja de ser voluntaria y no saneada por una justa causa que la origine y la pueda amparar, obstativa a la finalidad del negocio en los términos en que se pactó, frustrando el fin específico perseguido en el mismo por la contratante.

Pago posterior al requerimiento notarial.—Los pagos intentados con posterioridad a los requerimientos notariales no son aceptables dado que realizado el requerimiento previsto en el artículo 1504 CC, obsta al pago posterior ya que su finalidad es precisamente resolutoria (S de 16 de marzo de 1995, entre otras). (STS de 7 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Inmobiliaria Uyusa, S. A.* vendió una vivienda a los cónyuges don Juan M. y doña Rosario M. mediante contrato celebrado el día 14 de marzo de 1988. Una vez impagada una cambial vencida el día 30 de septiembre del mismo año, la sociedad vendedora se puso en contacto con don Juan M., quien le dijo que estaba tramitando su separación conyugal y que no tenía inconveniente en pagar, pero a condición de que se otorgase la escritura de compraventa únicamente a su favor o a favor de tercera persona que él mismo designase, distinto, claro está, de su esposa. Ante estas circunstancias la sociedad inmobiliaria formula demanda solicitando al Juzgado de Primera Instancia que declare resuelto el contrato de compraventa. Estimada la demanda e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia revoca la sentencia de instancia. El TS casa la sentencia de apelación. (J. M. B. S.)

13. Resolución. Buena fe contractual.—La buena fe contractual, entendiéndose este concepto en su sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimar-

se comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento (S de 9 de octubre de 1993). Por este motivo, cuando las partes de un contrato de compraventa acuerdan hacer efectiva la cantidad de 8.750.000 pesetas al cerramiento de la obra de albañilería, entra dentro de las obligaciones que para el vendedor se derivan del contrato, de acuerdo con el artículo 1258 CC, el de comunicar al comprador el momento en que se ha producido tal cierre del edificio, ya que sería de todo punto ilógico imponer al comprador de una vivienda de un edificio en construcción un seguimiento de la obra, siendo así que quienes se hallan facultados para determinar cuándo se han ejecutado las diversas fases de aquélla son los técnicos directores de la obra y, por ende, el constructor o propietario de la misma.

Ejercicio extrajudicial.—Es doctrina reiterada de esta Sala que la facultad resolutoria puede ejercitarse en el ordenamiento español no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva —claro está— que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada (S de 30 de marzo de 1992). En el presente caso, rechazada expresamente por el comprador la declaración resolutoria unilateral de la sociedad vendedora, tal voluntad resolutoria requería para su eficacia una resolución judicial que declarase su procedencia por concurrir en ella los requisitos del artículo 1504 CC.

Resolución por incumplimiento: no cabe su alegación como excepción.—Dado el principio de rogación de parte que rige en el proceso civil, la declaración judicial resolutoria sólo puede obtenerse mediante el ejercicio de la correspondiente acción, ejercicio que en este caso no se ha producido pues, como dice la sentencia de primera instancia y acepta la de apelación, la pretensión de la demandada de validez de la resolución del contrato no se ha solicitado formulando reconvencción en la forma debida; a diferencia de la nulidad contractual, la resolución ha de ser hecha valer por vía de acción, y no cabe su alegación como excepción a no ser que se trate de una resolución convencional o ya declarada judicialmente. Por eso, ante la falta de ejercicio de la acción resolutoria por la vendedora, el órgano jurisdiccional no puede hacer pronunciamiento alguno sobre la procedencia o no de la resolución, cualquiera que sea el resultado probatorio acerca de la concurrencia o no de los requisitos exigidos por los artículos 1124 y 1504 CC. (STS de 17 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante la declaración extrajudicial de la sociedad vendedora de dar por resuelto por incumplimiento del pago del precio el contrato de compraventa de una vivienda en construcción celebrado el día 2 de junio de 1987, el comprador don Jesús A. A. niega dicho incumplimiento e interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, que declara válido, eficaz y subsistente dicho contrato. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid la confirma íntegramente. El TS declara no haber lugar al recurso de casación presentado por la sociedad vendedora.

NOTA.—Aunque sea posterior al caso de esta sentencia, el artículo 5.5.º del Real Decreto sobre Protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de inmuebles (Real Decreto 515/1989, de 21 de abril), estable-

ce que «en caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación». (J. M. B. S.)

14. Resolución de venta de inmueble por falta de pago del precio: carácter complementario de los artículos 1124 y 1504 CC.—Según doctrina constante y reiterada de esta Sala, los artículos 1124 y 1504 CC no se eluden entre sí, sino que se complementan: la regla que, con carácter general, para toda clase de obligaciones contiene el primero, se aplica de modo específico al segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles. Esto 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 se consideran indispensables. Aunque el problema de cumplimiento o incumplimiento del contrato es de orden fáctico y su apreciación incumbe a la Sala de instancia, cierto es que los hechos ponen de relieve, indudablemente, no ya una simple demora en el cumplimiento de la obligación de pago del precio, sino un retraso que, en atención a su repetición y situación prolongada en el tiempo, llevó consigo la frustración económica del contrato para el vendedor y de sus legítimas aspiraciones, traduciéndose, en definitiva, en una auténtica y efectiva voluntad incumplidora de los compradores (SS de 16 de mayo, de 7 de junio, de 2 y de 16 de julio de 1991, de 2 y de 16 de junio de 1992, entre otras).

Alcance de la equidad como límite de la facultad resolutoria.—No es posible proyectar sobre el caso de autos la remisión a la equidad para neutralizar la resolución contractual, en primer lugar, porque la equidad, acogida en el artículo 3.2.º CC, requiere de una ponderación sumamente prudente y restrictiva, y, en segundo término, y esto es lo más importante, porque los hechos que contempló el Tribunal *a quo* denotaron un propósito claro y notorio de incumplimiento, lo que impide, a su vez, que la resolución instada por la parte vendedora pueda merecer cualquier género de repulsa a tenor de las prescripciones contenidas en los artículos 7.1.º y 1258 del repetido texto. (STS de 8 de febrero de 1995; no ha lugar.) (J. M. B. S.)

15. Exceptio non adimpleti contractus. Requisitos.—Tiene declarado esta Sala que aunque el CC (art. 1588) no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúne las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos, incluido el de compraventa, que tiene derecho a que se subsanen por el contratista los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna o a la reducción del precio en proporción a dichos defectos, o a pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin (S de 27 de enero de 1992). Sin embargo, todas estas medidas favorables al comitente no siempre resultan aplicables: si el éxito de la excepción del contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegado cuando lo realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las

exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio (S de 13 de mayo de 1985, entre otras). Además, también se debe rechazar la pretensión de detener el pago de lo debido como consecuencia de la obra llevada a cabo por la constructora si, una vez que por ésta se hizo entrega del inmueble, la obra no aparece como impropia para satisfacer el interés del comitente, ni acusa defecto que permitan concluir en la existencia de un *aliud pro alio* sino sólo imperfecciones constructivas (S de 30 de enero de 1990). En el presente caso, el TS condena a la empresa comitente al pago del importe todavía adeudado de la obra sin perjuicio de su derecho a la reparación de los desperfectos apreciados que, en modo alguno, pueden considerarse de entidad suficiente para impedir la finalidad pretendida ni para entender que se ha producido una entrega distinta de la cosa pactada (*aliud pro alio*) justificadora del impago del precio.

Mora en la entrega de la obra.—No procede indemnizar por el retraso en la entrega de la obra cuando la sentencia de instancia establece que es cierto y resulta probado que existen ampliaciones y modificaciones de obras, las cuales pueden justificar un cierto retraso de las mismas.

Indemnización por daños y perjuicios. Lucro cesante.—El lucro cesante o ganancias frustradas ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto. La jurisprudencia española se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas (S de 22 de junio de 1967). (STS de 8 de junio de 1996; no ha lugar.) (J. M. B. S.)

16. Preferencia entre créditos sin privilegio especial. Artículo 1924.3.º CC.—La interpretación jurisprudencial del artículo 1924.3.º CC ha llegado a constituir doctrina constante y pacífica de gran interés para su plena comprensión. Dicha doctrina afirma tajantemente que la preferencia de los créditos que constan en escritura pública o sentencia, se basa en la indubitada autenticidad que los mismos tienen, lo que les da un carácter definitivamente ejecutivo, ya que en los primeros interviene un fedatario público (notario o corredor de comercio), y los segundos son el resultado definitivo de un procedimiento judicial, lo que significa que ambos instrumentos concatenan la realidad plasmada en un documento público y la veracidad jurídica (SS de 16 de octubre de 1956, 3 de noviembre de 1971 y 19 de noviembre de 1982, entre otras). Tomando como punto de partida esta afirmación la doctrina jurisprudencial ha formulado una serie de asertos, entre los que cabe destacar, por su aplicabilidad al caso que nos ocupa, los siguientes: (a) que a efectos de preferencia entre créditos sin privilegio especial, es posible la comparación de las fechas de las escrituras públicas y de las sentencias; (b) que en los créditos documentados mediante «póliza», no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la prelación de créditos, sino la de la fijación del saldo exigible; fijación que sólo podrá producirse cuando el saldo sea exigible por haber vencido (sólo ante ese vencimiento e impago deviene la tutela legal y judicial correspondiente); (c) que no se debe dar

preferencia al crédito que conste en escritura y que ha ido a la ejecución, con base exclusiva en la fecha de las sentencias cuando los acreedores han embargado, por ello, un mismo bien del deudor (SS de 24 de enero de 1979 y 21 de septiembre de 1984). En relación con todo lo dicho, hay que estar de acuerdo con la sentencia recurrida cuando proclama «la preferencia de la emblemática de la parte recurrida: la póliza de crédito intervenida por Corredor de Comercio y liquidada con arreglo a pacto el 21 de diciembre de 1984, a la de la hoy recurrente: la sentencia firme de remate de 28 de diciembre de 1984. La escasa cantidad de días, sirve para marcar, en este caso, la diferencia».

Póliza de crédito intervenida por Corredor de Comercio. Escritura pública.—Es doctrina reiterada que no cabe dudar del carácter de escritura pública que tienen las pólizas de crédito intervenidas por Corredor de Comercio. En los créditos documentados mediante «póliza», no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la prelación de créditos, sino la de la fijación fehaciente del saldo exigible, «para lo que no basta con su nacimiento, sino que precisa que el mismo sea exigible por haber vencido, por lo que sólo ante ese vencimiento e impago, tras la exigibilidad, es cuando deviene la tutela legal y judicial correspondiente» (S de 4 de junio de 1989).

Protesto de letras de cambio. No es escritura pública.—Manifiesta la Sala que las actas notariales de protesto de letras de cambio, no se las puede considerar como escritura pública, porque en las mismas no se recoge la voluntad concorde de las partes para crear una obligación o al menos el reconocimiento de la misma por el deudor (SS de 23 de enero de 1942, 16 de abril de 1955, 24 de enero de 1979 y 21 de septiembre de 1984). (STS de 6 de junio de 1996; no ha lugar.) (A. C. O.)

17. Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo de dichas cláusulas en los contratos de adhesión. Directiva comunitaria núm. 93/13, de 5 de abril de 1993.—La Sala manifiesta que hasta la publicación de la directiva comunitaria 13/1993, de 5 de abril, los tribunales españoles no disponían de un apoyo legal para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque ésta supusiere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. No obstante, continúa la Sala, el panorama legal ha sufrido una importante modificación a partir de la referida Directiva, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. En el artículo 3.º de la misma se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba». El Anexo de dicha Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, entre las que se hace referencia a aquellas que puedan suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándose indebidamente los medios de prueba a su disposición [...]. Concluye la Sala afirmando que la transcripción de la mencionada Directiva hace innecesarias mayores argumentaciones,

debiéndose únicamente añadir, que la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato de adhesión, ciertamente es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad mercantil, que no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la Capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su Asesoría Jurídica. (STS de 12 de julio de 1996.)

HECHOS.—La entidad *Zardoya Otis, S. A.*, interpuso, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de los de Madrid, demanda de Juicio de Cognición contra la Comunidad de Propietarios de la calle Doctor Bergez, 76, de la ciudad de Alicante, solicitando la condena al pago de 279.085 pesetas por los servicios de mantenimiento de ascensor prestados. La competencia de los Tribunales de Madrid se fundamentaba en la cláusula de sumisión expresa que figuraba en el párrafo final del contrato de adhesión, firmado por las partes en Alicante con fecha de 13 de febrero de 1987. Admitida la demanda y emplazada la demandada, fue declarada en rebeldía al haber transcurrido el término sin que compareciera en los autos. No obstante, la representación de la Comunidad de Propietarios presentó escrito en el Registro General del Decanato de Alicante, promoviendo cuestión de competencia por inhibitoria, respecto al Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de Madrid para conocer de dichos autos de cognición, que fue informada favorablemente por el Ministerio Fiscal, dictándose Auto por el Juzgado núm. 9 de los de Alicante, en fecha 7 de julio de 1995, por el que se acordaba requerir de inhibición al Juzgado de igual clase núm. 61 de los de Madrid. Por Auto de 16 de noviembre de 1995, el Juez de Primera Instancia núm. 61 de Madrid, dictó Auto por el que decidió no acceder a la inhibición requerida por el Juez de Alicante. Al insistir ambos Juzgados en su respectiva competencia, se remiten los autos al TS para que resuelva la cuestión de competencia. El TS declara la competencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Alicante, al considerar que la cláusula de sumisión debatida debe considerarse entre las que carecen de vigor por ser abusivas.

NOTA.—No deja de sorprender la parquedad de los argumentos empleados por el TS para resolver la cuestión aquí planteada, pues prácticamente se limita a reproducir el artículo 3.1 de la Directiva comunitaria 13/1993, de 5 de abril. Se hecha en falta, sobre todo, alguna referencia a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU de 9 de julio de 1984), pues si bien es cierto que dicha ley no se pronuncia expresamente sobre tan importante cuestión [en concreto, las cláusulas de sumisión competencial no se hayan entre las expresamente relacionadas como abusivas en el artículo 10.1.c)], no es menos cierto que buena parte de la doctrina científica considera dichas cláusulas como incardinables en el referido artículo (su enumeración no es *clausus* sino ejemplificativa), y por tanto calificables de abusivas, siempre que se hallen recogidas en un contrato de adhesión. Dicha cláusula produce un desequilibrio claro en perjuicio del consumidor (adherente), que se ve obligado a litigar fuera de su domicilio, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal,

proposición y práctica de la prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficioso para la entidad predisponente que podrá centralizar todos los litigios posibles relacionados con su actividad comercial en el lugar que le resulte más cómodo. Todo ello, unido al hecho que en la mayoría de los casos las reclamaciones del consumidor no serán de una cuantía muy elevada, hace que dichas cláusulas tengan un cierto efecto disuasorio sobre éste. (Sobre estas cuestiones véase el comentario de Silvia Díaz Alabart al artículo 10 LGDCU en: Rodrigo Berco-vitz y Javier Salas (Coord.), *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Cívitas, 1992, pp. 268-271). Es por todo ello que, si bien compartimos la solución a la que llega nuestro Alto Tribunal en esta sentencia, no podemos suscribir, sin las matizaciones que hemos comentado, algunas de las afirmaciones recogidas en ella, y en especial la que afirma que con anterioridad a la referida directiva los tribunales españoles no disponían de un apoyo legal para declarar abusivas dichas cláusulas. Por último debemos añadir que, ciertamente, la Directiva 93/13 elimina cualquier tipo de dudas sobre el carácter abusivo de estas cláusulas de sumisión competencial insertas en contratos de adhesión; y es de esperar que ponga fin a la zigzagueante jurisprudencia que ha recaído hasta hoy, marcando el inicio de una doctrina unánime sobre la materia. Al respecto, véase el comentario de esta sentencia, a cargo de José Domingo Valls Lloret, en CCJC 43/1997, núm. 1154, pp. 85-90. (A. C. O.)

18. Contrato de compraventa. Perfección.—Se trata de un contrato de compraventa perfeccionado y no de un contrato de opción «preparatorio de una compraventa». Ello es así, en primer lugar, atendiendo a la intención común de las partes, que sobre todo se manifiesta en la estipulación segunda del contrato, según la cual «como parte del precio, y en concepto de arras o señal, la vendedora declara recibir a la firma del presente documento, sirviendo el mismo de recibo, la cantidad de un millón (1.000.000) de pesetas»; en segundo lugar, porque la propia conceptualización por parte de la recurrente de que dicha estipulación configura unas arras penitenciales conforme al artículo 1454 CC presupone la celebración de la compraventa, pues carecería de sentido en el marco del derecho de opción; por último, el aplazamiento del pago del resto del precio en nada contradice la existencia de la compraventa, ya que se trata de un pacto perfectamente incardinable en la misma.

Arras: penitenciales y confirmatorias.—Hay una doctrina jurisprudencial expresiva de que el artículo 1454 CC, que no constituye una norma de derecho necesario (SS de 3 de octubre de 1992 y de 5 de julio de 1994), por su carácter excepcional exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales sobre arras (SS de 17 de febrero de 1982, 10 de octubre de 1983 y 25 de marzo de 1995), de modo que, si no resulta de lo pactado la voluntad indubitada de las partes sobre la consideración de las arras como penitenciales, ha de entenderse «que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio». En el caso que nos ocupa, es del todo evidente que la cantidad entregada por los compradores lo fue «como parte del precio», incluso con la previsión de cuando se haría efectivo «el resto hasta el total del precio», sin que la referencia que también se hace a la entrega «en concepto de arras o señal» permita una conclusión contraria, toda vez que el concepto de arras admite varias clases de las mismas y no sólo las penitenciales, que son las que parece contemplar el artículo 1454 CC, sino tam-

bién las confirmatorias que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante y que no facultan, por tanto, para resolver las obligaciones contraídas y que normalmente se corresponden con las entregas o anticipos a cuenta del precio (SS de 7 de julio de 1978 y 10 de marzo de 1986). En definitiva, no cabe entender que el empleo de la palabra «señal» exprese necesariamente la facultad de separarse del contrato, sino que puede ser estimada como anticipo del precio (SS de 5 de junio de 1945 y 15 de octubre de 1956), tanto más cuando, como aquí sucede, así se manifiesta literalmente en la referida estipulación segunda del contrato. Por otro lado, no resulta aplicable al caso planteado aquella línea jurisprudencial conforme a la cual las arras se considerarán penitenciales si del supuesto sólo se deduce interpretativamente la voluntad inequívoca de los contratantes de que medien arras sin especificar sus consecuencias. (STS de 20 de febrero de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Es frecuente que en el contrato de compraventa de inmuebles se haga entrega de una cantidad de dinero por parte del comprador sin que quede claro el concepto en el que se realiza. Dicha ambigüedad permite que posteriormente la parte vendedora, por cualquier causa (p. ej. porque encuentra a otra persona que le ofrece más dinero por la cosa vendida), pretenda calificar dicha cantidad como arras de desistimiento y, así, dar por extinguido el contrato entregando el doble de lo recibido (cfr. art. 1454 CC). Si entonces la parte compradora se opone al desistimiento del vendedor se crea un conflicto de difícil solución. Aunque está claro que se debe atender en primer lugar a la voluntad de las partes, lo cierto es que la jurisprudencia se encuentra dividida cuando dicha voluntad no resulta suficientemente explícita sino que de la misma sólo se deduce que se han querido las cantidades entregadas como arras (p. ej. cuando se pacta la entrega «como parte del precio, y en concepto de arras o señal»). Algunas veces el TS declara que las arras de desistimiento no se pueden presumir sino que se deben interpretar restrictivamente, sea por el carácter no imperativo del artículo 1454 CC, o debido a que resultan algo excepcionales, sobre todo atendiendo al principio del *favor contractus* (SSTS de 25 de marzo, de 22 de abril y de 30 de diciembre de 1995, de 10 de febrero de 1997, entre muchas otras). Por el contrario, en otras ocasiones el TS entiende que, si las reglas de interpretación del contrato resultan insuficientes para determinar el tipo de arras de que se trata, el artículo 1454 CC, de carácter dispositivo, las presume de desistimiento (SSTS de 16 de marzo de 1992, de 19 de mayo de 1994, entre otras). Por lo que se refiere a este segundo criterio jurisprudencial y, en particular, dando su opinión crítica acerca de la sentencia de 20 de febrero de 1996, véase Manuel Albaladejo García, «De nuevo sobre las arras», *RDP*, diciembre 1996, pp. 877-885. (J. M. B. S.)

19. Contrato de compraventa. Precio del retracto.—En los casos dudosos y en los más estridentes relativos a la determinación del precio en el retracto, o cuando no haya constancia del mismo o sea escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de lo vendido, hay que estar por razón de justicia al precio real, que es el que debe prevalecer y se ha de reembolsar (S de 4 de julio de 1988, con cita de la de 12 de junio de 1984); en los casos en que manifiestamente aparece disfrazado el valor real, ha de estarse a éste por razones de justicia, de modo

que si bien en principio el precio que ha de tomarse para dar lugar a la subrogación que el retracto entraña es el que figura en el contrato causal, ello no elimina la procedencia de admitir prueba tendente a demostrar que la cantidad figurada en escritura es ficticia y muy otra la realmente pagada, debiendo operarse en tal caso con la realidad resultante (S de 20 de septiembre de 1988, con cita de las de 11 de mayo de 1956 y de 12 de junio de 1984); razones de elemental justicia y evitación de un lucro reprobable aduce también la S de 30 de abril de 1991, con cita de las de 16 de mayo de 1956 y de 25 de mayo de 1973, entre otras. (STS de 11 de julio de 1996; no ha lugar.) (A. R. G.)

20. Compraventa con pacto de reserva de dominio.—Frente a la pretensión de la recurrente que considera que el pacto de reserva del dominio sólo atribuye al vendedor un crédito preferente frente a los terceros acreedores del comprador sin que pueda ejercitarse tercería de dominio, el TS declara que reiterada jurisprudencia de la Sala reconoce a favor del vendedor la acción de tercería de dominio para obtener el alzamiento del embargo trabado sobre los bienes vendidos con sujeción a la Ley de 1965 cuando se haya pactado la reserva de dominio siempre que conste su inscripción en el Registro especial con anterioridad al embargo trabado. Asimismo la sala reitera que los efectos legales que produce el artículo 20 de la Ordenanza rectora de aquel Registro tienen únicamente carácter positivo (presunción de que los contratos existen y que su contenido coincide con el que aparece registrado), pero no tiene eficacia en el aspecto negativo. De tal forma que aunque se hubiese cancelado con posterioridad al embargo practicado con relación a los bienes que afectan, si la inscripción hubiera estado vigente al tiempo que dicho embargo se practicó, se mantienen los efectos excluyentes del dominio de tales bienes, en beneficio de quien adquirió con pacto de reserva de dominio, siempre que conste que el comprador no ha satisfecho la totalidad del precio aplazado. (STS de 26 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *MR S. A. B.* formuló demanda sobre tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcobendas que desestimó la demanda. El recurso de apelación fue estimado por la sección vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

21. Congruencia de las sentencias absolutorias o desestimatorias de todos los pedimentos de la demanda.—Reiterada doctrina de la Sala Primera del TS sienta como principio el de que, como norma general, no son incongruentes las sentencias absolutorias o desestimatorias de todos los pedimentos de la demanda (o de la reconvencción, en su caso), salvo cuando dicho pronunciamiento absolutorio se deba a una alteración, por la sentencia, de la *causa petendi* de la demanda (así como en el caso de que el referido pronunciamiento se haya basado en alguna excepción no aducida por la otra parte en el proceso y no apreciable de oficio).

Congruencia de las sentencias. Términos de comparación.—La congruencia de toda sentencia no viene determinada por la adecuación o correspondencia exclusiva de su «fallo» con la literalidad del *petitum* de la demanda; dicha correspondencia o adecuación ha de darse no sólo con éste, sino también con el componente fáctico o relato histórico (*causa petendi*) de la demanda, de manera que la sentencia que, para dictar su «fallo», atiende única y exclusivamente al *petitum*

de la demanda pero prescinde en absoluto de la *causa petendi* de este escrito ha de tacharse necesariamente de incongruente, por dejar imprejuzgada la verdadera acción ejercitada (configurada por el componente fáctico de la misma), al no resolver los puntos litigiosos objeto de debate (art. 359 LEC) y con vulneración del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Al haber dejado imprejuzgadas la sentencia recurrida las cuestiones litigiosas debatidas en el proceso, ha de resolverlas la Sala del TS, pero no actuando ya como Tribunal de casación, sino como juzgador de instancia.

Contrato de *leasing*. Naturaleza.—El llamado contrato de *leasing* o arrendamiento financiero conjuga o satisface, en el orden económico, tres intereses subjetivos distintos: a) el del usuario, en acceder al disfrute de unos bienes que no puede o no le conviene adquirir directamente; b) el del fabricante o proveedor, en dar salida al mercado a sus productos; y c) el de la sociedad de *leasing*, en obtener un rendimiento económico de su capital sin más riesgo que el financiero. En el aspecto jurídico, empero, el *leasing* no se configura como un único negocio jurídico con intervención de tres partes contratantes, sino que se articula a través de dos contratos, netamente diferenciados aunque conexos y dependientes entre sí por su confluencia en la obtención de aquella triple función económica: a) un contrato de compraventa por el que la sociedad de *leasing* adquiere del proveedor los bienes previamente seleccionados por el usuario, y b) un arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, por el que la sociedad de *leasing* cede durante cierto tiempo la posesión y disfrute de tales bienes al usuario mediante una contraprestación dineraria fraccionada, con otorgamiento de una opción de compra a su término por el valor residual fijado en el contrato. Dada la mutua interconexión o dependencia funcional que existe en todo contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, entre éste y el de compraventa que, con anterioridad o simultáneamente han de celebrar la entidad arrendadora financiera y la proveedora de los bienes de equipo, la resolución del contrato de compraventa ha de comportar la del de arrendamiento financiero

Contrato de *leasing*. Subrogación convencional del usuario en las acciones de la compradora.—La sociedad de *leasing* no responde al usuario del buen funcionamiento o idoneidad de los bienes comprados por aquélla, pero, como contrapartida, subroga (con subrogación convencional expresamente pactada) al arrendatario-usuario en todas las acciones que, como compradora, le puedan corresponder frente a la entidad proveedora-vendedora, cuya subrogación comprende la eventual acción resolutoria de que todo comprador se halla asistido por inhabilidad o idoneidad del objeto, así como la de saneamiento por vicios ocultos.

Incumplimiento del contrato de compraventa.—La entrega de equipos informáticos con numerosos defectos o anomalías, que los hacen totalmente inhábiles o inservibles para el fin para el que fueron adquiridos, entraña un claro supuesto de incumplimiento del contrato de compraventa por parte de la vendedora (art. 1124 CC), por entrega de una cosa distinta (*aliud pro alio*), por razón de su referida y total inhabilidad o idoneidad, de la que había sido comprada. (STS de 26 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso demanda sobre resolución del contrato e indemnización de daños contra dos entidades. Pero dicha demanda, en lugar de referirse al contrato de *leasing* expresamente convenido, solicitó la resolución de un contrato de compraventa de equipo informático y del arrendamiento de dicho equipo o, subsidiariamente, la de este último solamente. Las demandadas oponen defecto legal en el modo de

proponer la demanda (art. 533.6 LEC), excepción que triunfa en la instancia. La Audiencia Provincial de Madrid estima parcialmente el recurso de apelación pero absuelve a los demandados. El TS critica la confusa argumentación de la Audiencia y estima el recurso.

NOTA.—Sobre la subrogación convencional del usuario en el ejercicio de la acción de saneamiento que corresponde al comprador de los bienes de equipo —la sociedad de *leasing*—, puede verse Antonio Cabanillas Sánchez, «El leasing financiero y la Ley de venta a plazos de bienes muebles (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978)», *ADC*, 1980, III, pp. 759-785; del mismo autor, «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1982, I, pp. 41-120; Manuel Jesús Marín López, *CCJC*, 1996, 41, núm. 1116, pp. 741-772. (A. R. G)

22. Prestación de los servicios de bares, cafeterías y restaurantes en las Estaciones de RENFE. Inaplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.—El contrato litigioso no es uno normal de arrendamiento de un escueto y simple local de negocio para que el arrendatario pueda ejercer en el mismo, con entera libertad y plena autonomía, una actividad de industria o comercio, sino que, aun cuando tenga el mismo la base física de un local dentro del recinto de la estación férrea, dicho contrato presenta unas connotaciones específicas que le dotan de naturaleza especial y lo excluyen de la normativa de la LAU; dichas connotaciones son: que su celebración ha de ir precedida de un concurso público; que en el desarrollo o cumplimiento del mismo, el arrendatario (prestador del servicio) ha de ajustarse a unas rigurosas condiciones detalladas en el «Pliego de Condiciones Generales que rigen los Contratos de Prestación de los Servicios de Bares, Cafeterías y Restaurantes en las Estaciones de RENFE», que el adjudicatario acepta libre y voluntariamente al celebrar el contrato. Dicho Pliego, en cuanto a la normativa aplicable, se remite, para lo no previsto expresamente en el propio contrato, a «lo dispuesto en el Estatuto de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, en la Ley de Policía de Ferrocarriles y, en último término, en el Código Civil». Este Estatuto, aprobado por Decreto de 23 de julio de 1964, excluye expresamente la sujeción del contrato a la LAU (art. 49). Según la Sentencia de la Sala Primera de 27 de octubre de 1967, dicho contrato no está comprendido en el ámbito de la ley arrendaticia urbana porque en tanto que ley especial no es extensible a casos y situaciones en ella no regulados: «cuando se está en presencia de una convención derivada de una adjudicación por concurso, por tratarse de un contrato de naturaleza especial que hace relación con la mejor prestación del servicio público, con el que está íntimamente ligado, no tiene cabida en la especialidad legal arrendaticia...».

Incongruencia por alteración de la causa petendi. Inexistencia.—Si bien el juzgador, al resolver asuntos litigiosos, no puede alterar lícitamente la causa de pedir o soporte fáctico de las cuestiones objeto de debate, a riesgo de incurrir en vicio de incongruencia en caso contrario, dicha alteración no se ha producido en este caso concreto, pues habiendo postulado la actora la declaración de resolución o extinción del contrato litigioso por expiración del plazo de duración del mismo y habiéndose opuesto a ello el demandado, aduciendo que el referido contrato lo es de arrendamiento sometido a la LAU entonces vigente, y por tanto sujeto a prórroga forzosa, la sentencia recurrida ha necesitado realizar la calificación de dicho contrato, cuestión que es estrictamente jurídica y no fáctica.

Objeto de la casación.—El recurso de casación se da contra el «fallo» de la sentencia recurrida y no contra los razonamientos jurídicos de la misma, a no ser que éstos hayan sido los únicos determinantes del expresado «fallo», lo que no ocurre en el presente caso, pues la exclusión del contrato del ámbito de la LAU se basa en la muy especial naturaleza de dicho contrato litigioso.

Incumplimiento del contrato. Imputabilidad.—El incumplimiento de lo pactado en el contrato litigioso es imputable exclusivamente a la voluntaria e injustificada conducta de los demandados, por lo que es procedente la condena a los mismos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1101 CC. (STS de 2 de febrero de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Para mejor comprensión del razonamiento de la sentencia se recogen algunas de las condiciones contractuales contenidas en el Pliego referido: «3.1 Constituyendo el objeto del contrato la prestación de un servicio auxiliar del ferroviario, en todo momento las actividades del Prestador habrán de supeditarse al preferente interés del servicio principal del transporte... 3.2 El Prestador mantendrá en todo momento las convenientes relaciones con los demás servicios de RENFE. Cualquier desacato a la autoridad ferroviaria de la estación, así como la falta de colaboración y coordinación con los demás servicios en ella instalados, supondrá grave incumplimiento del contrato... 3.7.b) Horario del servicio. Las cafeterías deberán estar en permanente servicio, desde antes del movimiento de llegada o salida del primer tren de viajeros, cada mañana, inclusive los festivos, hasta la salida o llegada del último tren nocturno de viajeros a la estación de referencia...». (A. R. G.)

23. Contrato de arrendamiento urbano. Renuncia al derecho de prórroga forzosa.—La ley prohíbe la renuncia previa del derecho de prórroga forzosa que establece el artículo 57 LAU de 1964; esto es, la renuncia efectuada al tiempo de celebrarse el contrato; pero sí que permite la renuncia subsiguiente, o sea la que tiene lugar después de adquirido el derecho mediante incorporación al patrimonio del arrendatario (SS de 8 de febrero de 1964, de 14 de mayo de 1963 y de 8 de junio de 1968, entre otras). Aunque se aceptara la tesis de la necesidad del disfrute de la prórroga para poder renunciar a ella, posición que no coincide con el sentido de la interpretación jurisprudencial, no se puede tener en cuenta la alegación de la parte recurrente de que dicha renuncia se hizo en pacto aclaratorio y complementario del contrato arrendaticio y tan sólo dieciocho días después de celebrado éste y de que la ocupación del inmueble arrendado no implicó aún disfrute de la prórroga, pues cuando, transcurridos más de seis años desde la renuncia, se pactó la cesión del arrendamiento a la sociedad limitada constituida por los arrendatarios, éstos ratificaron dicha renuncia, tanto en nombre de los primitivos arrendatarios, como de la entidad cesionaria. (STS de 2 de abril de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte recurrente (arrendataria) pretende que la cláusula de renuncia a la prórroga obligatoria legal y compromiso de abandonar el local en una fecha establecida forma parte del contrato pese a haberse pactado dieciocho días después de éste, para que así sea subsumible en la prohibición del artículo 57 LAU de 1964. Empero, los arrendatarios originales, al tiempo de ceder el contrato a la sociedad por ellos constituida, habían ratificado de forma expresa -en su propio

nombre y como administradores de dicha sociedad- la renuncia en sus propios términos. (A. R. G.)

24. Congruencia de las sentencias.—Los contornos definidores de la congruencia de las sentencias aparecen configurados por la jurisprudencia, según la cual la realidad y existencia de aquélla debe apreciarse de acuerdo con el resultado de la actividad probatoria practicada; la congruencia «no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia», por lo cual puede el juzgador «establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada» (*iura novit curia; da mihi factum, ego dabo tibi ius*) siempre que respete «[e]l componente jurídico de la acción y la base jurídica aportada»; el órgano jurisdiccional debe atenerse «a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad» y por ello puede pronunciarse sobre extremos complementarios o que contribuyan a determinar las lógicas consecuencias de los pedimentos de las partes, o examinar aspectos fácticos «implícitos e inseparables de la cuestión planteada»; surge la incongruencia no de los razonamientos que fundamentan el fallo, sino precisamente de éste, en relación con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, ya que el recurso de casación ha de dirigirse contra el fallo, no frente a los razonamientos de la sentencia, salvo cuando éstos sean premisa obligada de aquél, de modo que no vale criticar uno de los razonamientos, máxime cuando la sentencia resuelve todos los puntos planteados (SS de 28 de octubre de 1970 y de 6 de marzo de 1981, entre otras). En el presente caso, no sólo no hay incongruencia sino que la recurrente carecía de interés legítimo para impugnar la sentencia, cuyos pronunciamientos le fueron favorables en su integridad. Además, se afirma por la parte la incongruencia en un extremo que es *obiter dictum* y por tanto absolutamente irrelevante para el fallo.

Excepción de litis consorcio pasivo necesario.—No se vulnera la doctrina que obliga a que sean llamadas y traídas al proceso todas las personas, físicas o jurídicas, que puedan estar interesadas en la relación jurídico-procesal (SS de 7 de febrero de 1981 y de 22 de junio de 1984, entre otras), cuando por haber actuado una persona como administrador de la entidad que es parte recurrente no puede afectarle la sentencia a nivel personal.

Motivos del recurso de casación.—No cabe residenciar en un ordinal comprensivo de infracciones de normas jurídicas o de la jurisprudencia el análisis de los hechos que la parte recurrente estima acreditados, así como los acreditados en las sentencias de instancia y apelación.

Libre apreciación de la prueba. Prueba de presunciones.—El motivo debe decaer cuando irregularmente se relaciona una serie de hechos estimados acreditados, con su correlativa valoración, pretendiendo sustituir la apreciación valorativa del Tribunal *a quo* por la propia y personal de la entidad recurrente, y además se cita un mismo precepto como infringido, a la vez, por inaplicación y por aplicación indebida. El juzgador tiene libertad para optar entre los medios probatorios que la ley autoriza a utilizar, entre ellos la prueba de presunciones (art. 1253 CC), prueba de la que no se hizo uso ni en instancia ni en apelación, por haberse servido de la prueba directa.

Resolución de contrato de arrendamiento urbano por cesión o por subarrendamiento in consentidos.—Según reiterada doctrina de la Sala Primera del TS, no hay cesión o traspaso in consentido de arrendamiento, es decir, realizado de modo distinto al autorizado legalmente, cuando una persona se domicilia sólo formalmente en el inmueble arrendado a otra persona, sino que se precisa «una sustitución efectiva del locatario por un tercero, en el uso o goce de la cosa arren-

dada» (S de 19 de febrero de 1958), de modo que constituya su domicilio real. Los supuestos de subarrendamiento o cesión no consentida de locales de negocio son independientes de la ocupación material del inmueble (SS de 8 de junio, de 2 de julio de 1957, de 25 de enero de 1988 y de 10 de diciembre de 1993) de modo que basta para su acontecer «la formación de una sociedad con sede social en los mismos locales arrendados y dedicada a idéntico negocio que el que en ellos ejerce el arrendatario» (SS de 20 de octubre de 1952 y de 28 de febrero de 1986, entre otras). Por ello debidamente se aplicó el artículo 114 II y V LAU de 1964. (STS de 1 de julio de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Como es sabido, la nueva Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos («BOE» núm. 282, de 25 de noviembre de 1994) regula la cesión del contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda y su subarriendo, en el artículo 32, admitiendo la facultad del arrendatario, cuando se ejerza en la finca una actividad empresarial o profesional, de subarrendar o ceder el contrato de arrendamiento aun sin el consentimiento del arrendador, pero debiendo notificárselo. Posibilidad inexistente bajo la anterior regulación legal de 1964, que requería autorización expresa y escrita del arrendador (art. 22 LAU 1964) so pena de que éste pudiese resolver el contrato en base a las causas 2.ª y 5.ª del artículo 114, declarados aplicables al caso de la Sentencia extractada. (A. R. G.)

25. Retracto arrendaticio rústico. Consignación del precio mediante cheques barrados: improcedencia.—El simple depósito de cheques «barrados» en la cuenta de consignaciones del Juzgado y al margen de la disciplina sobre recepción de tales depósitos (RD 21 de enero de 1988) no es la requerida por el artículo 1618.2.º LEC, que exige, para que pueda darse curso a las demandas de retracto... 2.º que se consigne el precio si es conocido o, si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea. La sentencia de 27 de septiembre de 1994, con cita de la de 20 de abril de 1994, razona que la presentación de un aval, aunque sea por el importe exacto de la enajenación, no es equiparable a la consignación de éste, por cuanto el precepto legal sólo considera suficiente el afianzamiento en el supuesto de que el precio no fuere conocido; ciertamente sería admisible que la consignación se hubiere realizado mediante la entrega de un cheque conformado (S de 27 de enero 1992) pero el aval no puede equipararse a éste, al no ser calificable como medio de pago de realización inmediata e incluso se halla implícitamente rechazado en el artículo 1618.2.º LEC; criterio que ratifica la S de 30 de mayo de 1995, que rechaza la tesis de que la palabra «consignación» haya de interpretarse como «garantía» para el adquirente de que si prospera la demanda de retracto recibirá con seguridad el precio de la adquisición (arg. arts. 1618.2.º LEC y 3 CC) y no como «depósito en metálico»; no se trata, por estas razones, de un precepto ritual y formal, que haya de ser interpretado con flexibilidad, como ha hecho la STC de 27 de enero de 1992 con referencia a un cheque bancario conformado (seguida por SSTs de 20 de abril y de 27 de septiembre de 1994), pues éste sí que cumple en materia de retracto la obligación de pagar por otro que contrae el fiador, bien de forma subsidiaria o bien de forma solidaria con el deudor (S de 30 de mayo de 1995). La exigencia legal pretende evitar demandas temerarias y procesos inútiles, y actúa como «refuerzo que decide y apuntala la voluntad del retrayente de su recta intención y deseos de querer y poder ejercitar su derecho de retracto...». (STS de 11 de julio de 1996; ha lugar.) (A. R. G.)

26. Retracto de finca rústica: no procede cuando la finca está en terreno urbanizable.—La acción de retracto que regulan los artículos 86 ss de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, no es aplicable al concurrir en la finca objeto de la contienda dos circunstancias: a) que un 78 por 100 de su superficie se encuentra en suelo clasificado como apto para ser urbanizable de acuerdo con las Normas Subsidiarias Municipales, y b) que su valor en el mercado es actualmente muy superior al que tendría dentro de su destino exclusivamente agrícola.

El precio base del retracto debe ser su valor real.—Que es el que debe prevalecer y que en el presente caso, ya se ha constituido, es muy superior al escriturado.

Indivisibilidad del arrendamiento.—Uno de los principios arrendaticios, recogido, entre otras, en la S de 5 de noviembre de 1966, proclama que el arrendamiento es único y por tanto el retracto no puede recaer sobre la parte no urbanizable de la finca en cuestión. (STS de 16 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. G. F. promovió juicio de retracto ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Pola de Lena, que desestimó la demanda. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo desestimó la alzada. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

27. Responsabilidad por vicios ruinógenos.—La responsabilidad por ruina regulada en el artículo 1591 CC alcanza en principio a todos los intervinientes en la construcción y tal responsabilidad, como tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, es coexigible con carácter de solidaridad cuando resulte imposible individualizar la correspondiente a cada uno de los culpables o autores de los defectos constructivos; por tanto, en los procesos que versan sobre la aplicación del artículo 1591 CC, es menester tratar de indagar siempre cuál es el factor desencadenante de la deficiencia constructiva, a fin de someter a la consiguiente responsabilidad exclusivamente a aquél de los sujetos intervinientes en la construcción a quien le deba ser imputada, al pertenecer ese factor a la esfera de su singularizado cometido profesional.

Responsabilidad del arquitecto técnico.—Al arquitecto superior no se le puede imputar responsabilidad por los daños derivados de la ruina de edificios si los vicios ruinógenos apreciados no son del suelo, del proyecto o de la dirección. Por el contrario, tales vicios pueden ser atribuidos al arquitecto técnico o aparejador demandado si tienen su causa no sólo en la inobservancia por los constructores de las reglas de su oficio sino también en el incumplimiento por parte de aquél de sus deberes de vigilancia, pues la mala calidad de los materiales y los defectos de dirección y ejecución de la obra afectan, entre otros intervinientes en aquélla, también a los arquitectos técnicos que supervisan la construcción correcta e individualizada de cada uno de aquéllos, lo que conduce a la responsabilidad solidaria (S de 31 de diciembre de 1992, entre otras). Por este motivo, derivados los vicios denunciados de una incorrecta ejecución de la obra, al ejecutarse ésta de manera deficiente y descuidada, deben responder de ellos el constructor y el aparejador, por ser éste el profesional a quien compete ordenar y dirigir la ejecución de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando trabajos de acuerdo con el proyecto que las define, con las normas y reglas de la buena construcción y con las instrucciones del arquitecto superior, director de las obras, según dispone el artículo 1 A.1 del Decreto de 19 de febrero de 1971, regulador de las facultades y competencias de los arquitectos técnicos (S de 29 de noviembre de 1993) (STS de 2 de febrero de 1996; ha lugar.) (J. M. B. S.)

28. Sociedad civil. Aportación de inmueble.—La conclusión a la que llega la sentencia que se recurre es que se formó sociedad civil entre los actores y el demandado; conclusión que se presenta como la adecuada por estar dotada del preciso enlace lógico-jurídico con los hechos probados firmes que la determinan y no la desautoriza el hecho de que la sociedad se hubiera constituido prescindiendo de las formalidades escritas, pues puede existir por simple acuerdo verbal entre los interesados, siempre que concurra el elemento esencial definidor que es el *animus societatis*, integrando de esta manera una sociedad interna, regida por los pactos que hayan acordado los socios, y no lo desvirtúa el hecho de que no se hubieran observado los artículos 1667 y 1668 CC, en relación con la aportación del bien inmueble consistente en el local comercial. Esta situación juega frente a terceros, pero no en el ámbito de las relaciones que entre sí vinculaban a los socios participantes, pues el artículo 1667 CC ha de entenderse subordinado al 1278 CC (SS de 27 de mayo y 24 de julio de 1993 y 9 de octubre de 1995).

Fijación de cuotas en la liquidación de la sociedad: presunción de igualdad en las porciones correspondientes a los partícipes (art. 393 CC).—Ante la falta de pacto expreso que reglamente la disolución y liquidación de dicha sociedad civil, aunque con notoria actividad mercantil, el Tribunal de Apelación aplicó la normativa del artículo 393 CC, en relación al artículo 1669 CC, que tiene por finalidad suplir la falta de título de fijación de cuotas, estableciendo la presunción de igualdad en las porciones correspondientes a los partícipes. A falta de prueba decisiva en contrario y en base a la ausencia de justificaciones concretas respecto a la cuantificación exacta de lo aportado por cada socio, se hace pronunciamiento igualitario y se excluye la aplicación del artículo 140 CCO (que contempla la división a prorrata de la porción de interés que cada partícipe tuviera en la sociedad). La sentencia parte, pues, de la imposibilidad, con los datos obrantes, de fijar las bases de la liquidación a practicar en ejecución de sentencia, por lo que atiende al artículo 1289 CC, que establece la regla hermenéutica, en supuestos como el presente, de atender a la mayor reciprocidad de intereses.

Admisión de fotocopias de documentos. Su valor probatorio.—Se lleva a cabo, por la recurrente, la impugnación de la presentación con la demanda de fotocopias de determinados documentos y su admisión inicial por el Juzgado, sosteniéndose que debieron ser rechazadas. La Sala rechaza el motivo afirmando que la aportación de dicha documental no lo ha sido como si se tratase de documentos originales, en contra de lo que dice el recurrente, sino de reproducción fotográfica de documentos originarios, lo que no prohíbe el artículo 504 LEC, habiendo distinguido la jurisprudencia entre documentos básicos de la pretensión y los complementarios o auxiliares. Una cosa es la presentación de fotocopia, que por sí no causa indefensión para la contraparte que puede impugnarlas, y cuestión distinta es la valoración apreciativa de las mismas a cargo de los órganos judiciales, lo que esta Sala ha resuelto, creando doctrina, en el sentido de que las reproducciones fotográficas de documentos, cuando se niegan a contrario, necesitan la correspondiente adveración probatoria para que surtan efecto (SS de 25 de mayo de 1945; 27 de septiembre de 1962; 17 de febrero y 22 de octubre de 1992, y 20 de abril de 1993).

Diligencia para mejor proveer.—Reiteradamente tiene declarado esta Sala que la referida diligencia (para mejor proveer, en el caso concreto se trataba de una pericial caligráfica), tiene carácter facultativo, potestativo, discrecional y soberano y su utilización no puede ser discutida por las partes ni da lugar a recurso alguno, pues el vocablo «podrán», que incluye el artículo 340 LEC, resulta

suficientemente expresivo (SS de 27 de diciembre de 1990; 6 de junio de 1991; 20 de marzo de 1992, y 1 de junio de 1995).

Infracción de la jurisprudencia aplicable.—La impugnación casacional basada en infracción de jurisprudencia requiere varias sentencias conformes, y con sustancial analogía entre los hechos de las precedentes y los actuales enjuiciados, así como que la *ratio decidendi* sea la misma (SS de 15 de febrero de 1982 y 7 de marzo de 1996).

Imposición de costas. Incongruencia.—La declaración en costas es un elemento que necesariamente ha de integrar el fallo y que se decreta aunque no concurra petición expresa de las partes, como se deduce de los términos imperativos del artículo 523 LEC, constituyendo cuestión de orden público procesal. Por ello, la declaración de costas, aunque no haya sido solicitada a instancia de parte, no puede ser denunciada como situación de incongruencia por exceso. (STS de 17 de julio de 1996; no ha lugar.) (A. C. O.)

29. Apreciación de los Tribunales de la buena o mala fe.—La doctrina de esta Sala mantiene que la buena o mala fe (al igual que el dolo o la culpa) son cuestiones de hecho cuya determinación es competencia de los Tribunales de instancia, debido a que son conceptos jurídicos que se basan y derivan de la valoración de conductas y comportamientos deducidos a través del examen pormenorizado de los hechos que realizan los Tribunales de instancia (STS de 22 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. A. P. C. y don J. M. V. P. interpusieron demanda contra don A. V. A. (fue admitida la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de este demandado), don N. V. S., y don E. V. S., sobre declaración de derechos derivados de un contrato de sociedad civil, suplicando, entre otras cosas, que se declarara la autenticidad y validez del contrato de sociedad y que se reconociese el derecho de los actores, por su condición de socios de la sociedad que da lugar a este litigio, a percibir, cada uno de ellos, un 25 por 100 de los beneficios obtenidos por la sociedad durante los últimos quince años, más la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Los demandados formularon reconvencción. Los demandantes y los demandados, don N. V. S. y don E. V. S., eran socios de una sociedad civil dedicada a la explotación de un negocio de pastelería y bollería, siendo titular cada socio de un 25 por 100 de la mencionada sociedad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia Provincial revocó de forma parcial la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (M. J. P. G.)

30. Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual: distinción.—Sus diferencias principales se concretan en su distinto origen, al presuponer la primera una relación anterior (ordinariamente es un contrato, pero puede ser cualquier otra relación jurídica que conceda un medio de resarcimiento), mientras que la extracontractual solamente presupone un daño, con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes, fuera del deber genérico común del *alterum non laedere*.

El concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual.—Puede darse la concurrencia de ambas clases de responsabilidades, en una yuxtaposición

ción que sólo desaparece cuando se dan puramente los requisitos definidores de una o de otra responsabilidad; pudiendo incluso afirmarse que, en cualquier caso y como fondo, subsiste la culpa extracontractual completando a la contractual, en cuanto integra todos los elementos conducentes al pleno resarcimiento, sin otros límites que dejar indemne el patrimonio del perjudicado. (STS de 8 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Alfredo G. U. encargó, por medio de un empleado suyo, a dos operarios la colocación de un cartel metálico muy pesado, fuera del horario normal de trabajo y sin dotarles de los medios idóneos ni asegurar los riesgos laborales. Durante la instalación el cartel se deslizó, cayó encima de ambos trabajadores y mató a uno de ellos. La esposa y la hija del fallecido demandaron a don Alfredo G. U., reclamándole 15 millones de pesetas como responsable de la muerte en accidente laboral del operario. La demanda no es estimada en primera instancia pero sí en la audiencia. El demandado recurrió en casación al entender, junto a otro motivo, que existió una relación contractual entre él y la víctima, y, por tanto, no debió ser tenida en cuenta la culpa extracontractual aplicada en la segunda instancia. El TS rechazó el recurso.

NOTA.—Sobre el concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual conviene decir, de forma sintética, que la doctrina general más reciente del TS sobre esta materia es la siguiente: cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar al otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. Este criterio se desprende de las SSTS de 6 de octubre de 1992, 15 de febrero de 1993, 17 de junio y 29 de noviembre de 1994, 20 de junio de 1995 y 16 de diciembre de 1996 (cfr. Díaz de Lezcano, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones*, Madrid, 1997, pp. 136 ss). (I. D.-L.)

31. Responsabilidad extracontractual: la atenuación jurisprudencial del principio de responsabilidad por culpa no reviste caracteres absolutos.—Así, por mucho que se atenúe el principio de responsabilidad por riesgo e inversión de la carga de la prueba, no puede ser acogida dicha responsabilidad sin una previa declaración inculpatoria del demandado (SS de 28 de noviembre de 1985, 18 de diciembre de 1989 y 29 de junio de 1990). En otras palabras, aunque la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, tal cambio se ha hecho moderadamente, mediante la recomendación de una inversión de la carga de la prueba y la exigencia de un mayor rigor en la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa (SS de 5 de febrero de 1991, 24 de enero de 1992, 5 de octubre de 1994, 9 de marzo y 9 de junio de 1995, entre otras muchas).

Responsabilidad cuasiobjetiva. Mayor acercamiento a la responsabilidad por riesgo en el ámbito de la circulación de vehículos de motor.—La doctrina del TS en materia de responsabilidad extracontractual ha ido evolucionando hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene beneficio o provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero. Este acercamiento en la responsabilidad por riesgo se ha producido, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor.

El problema de la causalidad: postura realista.—En la culpa extracontractual, la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señala en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos (SS de 12 de diciembre de 1928, 22 de octubre de 1948, 21 de enero de 1957 y 11 de marzo de 1988). (STS de 22 de enero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a un accidente producido en una mina que explotaba el demandado, el hijo de la demandante falleció sin saberse exactamente cómo se produjo su muerte. Quedó demostrado que la mina se encontraba sin permiso de explotación desde hacía algún tiempo, que la contratación para la prestación del trabajo fue efectuada fuera de toda norma laboral y que el estado de conservación de las protecciones no estaba controlada debidamente ni por los organismos oficiales, ni por el propio personal especializado de la empresa. En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda. La audiencia revocó la sentencia del juzgado y condenó a abonar a los herederos de la actora (fallecida durante el procedimiento) la cantidad de 8 millones de pesetas, esto es, lo solicitado en la demanda. El TS no da lugar al recurso de casación.

NOTA.—Esta solución que el TS da al problema de la causalidad ha sido denominada por Gullón como postura realista, al tomar como modelo de apreciación lo que usualmente se considera fuente, origen o causa de un resultado (*vid.* Gullón, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidades extracontractuales*, Madrid, 1968, p. 478). (*I. D.-L.*)

32. Responsabilidad extracontractual. Soluciones cuasiobjetivas: no quedan desvirtuadas por el cumplimiento de Reglamentos cuando éstos se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos.—La constante y uniforme doctrina de esta Sala se orienta hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante, para desvirtuarla, el cumplimiento de Reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantías se muestran insuficientes en la realidad para

evitar eventos lesivos (SS de 16 de octubre de 1989, 8 de mayo, 8 y 26 de noviembre de 1990 y 28 de mayo de 1991, entre otras).

Responsabilidad derivada de la conducción eléctrica, a pesar del cumplimiento de las garantías exigidas reglamentariamente.—La mera observancia de las garantías exigidas por el Reglamento de 28 de noviembre de 1968 en materia de conducción eléctrica no exonera de responsabilidad cuando no han dado resultado positivo alguno para evitar los daños previsibles y evitables (SS de 4 de febrero de 1976, 22 de noviembre de 1983, 25 de abril y 31 de octubre de 1988 y 20 de enero de 1992). (STS de 9 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Cuando el conductor de un camión se encontraba trabajando con el vehículo, en una zona destinada a aparcamiento, se le enganchó el volquete (que estaba en posición inclinada para el vaciado de carga) con un cable eléctrico de una línea de alta tensión, sufriendo una descarga al entrar en contacto con una parte metálica del vehículo, lo que le causó la muerte. Dejó viuda y dos hijas de 16 y 14 años de edad, respectivamente. Quedó probado que la entidad mercantil propietaria del tendido no tenía adoptadas las medidas de seguridad reglamentariamente exigidas y que el terreno donde ocurrió el accidente era municipal y había sido acondicionado por el Ayuntamiento de Bo., tres años antes del suceso, para aparcamiento de vehículos, con entrada y salida de camiones y autobuses. Las obras realizadas por el Ayuntamiento de Bo. consistieron exclusivamente en allanar el terreno y extender sobre el mismo una capa superficial de gravilla. La viuda e hijas del fallecido demandaron a la entidad mercantil propietaria del tendido eléctrico y al Ayuntamiento, para que les abonasen, con carácter solidario, la cantidad de 8.000.000 de pesetas como indemnización. En primera instancia se estimó la demanda sólo respecto de la entidad mercantil a la que se condenó con 6.000.000 de pesetas. La Audiencia revocó la sentencia del juzgado y admitió íntegramente la demanda. El TS mantiene la condena de la entidad mercantil y absuelve al Ayuntamiento de Bo. (I. D.-L.)

33. Responsabilidad médica: vasectomía. La obligación del médico es de medios no de resultados.—El médico no se obliga a obtener la curación del paciente sino a aportar a este fin los conocimientos y técnicas adecuadas al caso según el estado actual de los mismos.

Máximas de experiencia: su utilización por el Juez.—Las máximas de experiencia son deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital o juicios hipotéticos sobre un orden normal de convivencia, que el juez puede utilizar sin sobrepasar el principio de que la aportación de los hechos corresponde a las partes, pero no se les puede dar valor si las conclusiones obtenidas no son razonables o contradicen hechos base que aparecen demostrados (S de 28 de febrero de 1989).

Doctrina de la libre apreciación por el juzgador de la confesión judicial.—La confesión judicial es de libre apreciación por el juzgador de instancia mientras no contenga declaraciones perjudiciales para el propio confesante (SS de 21 de julio de 1990 y 10 de abril de 1991). En este último caso, como establece el artículo 1232 CC, la confesión hace prueba contra su autor. (STS de 31 de enero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor reclamó una indemnización de 10.000.000 de pesetas, con carácter solidario, a los dos médicos que le practicaron una vasectomía, al considerar: 1.º que la intervención fue defectuosa, ya que padeció algunas secuelas y tuvo que ser sometido, cinco meses después de la primera, a una nueva operación de vasectomía; 2.º a consecuencia de lo anterior, su esposa dio a luz una hija suya a los diez meses de la primera intervención, y 3.º porque los demandados no le realizaron un seguimiento post-operatorio que verificara el resultado satisfactorio de la operación. En la primera instancia prosperó parcialmente la petición del actor y se condenó a los demandados a indemnizarle, solidariamente, con 5.000.000 de pesetas. Éstos recurrieron y la Audiencia revocó la sentencia dejando reducida la condena en 100.000 pesetas, al no quedar probada la mala realización de la primera vasectomía, ni que fuese efectuada la segunda operación, ni, tampoco, que el actor siguiese las indicaciones médicas para las relaciones sexuales en fechas próximas a la intervención; aunque sí le fueron apreciadas algunas secuelas de la operación. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por el actor.

NOTA.—Es preciso subrayar que todos los medios que se hayan practicado en el proceso deberán ser depurados y apreciados por el juzgador aplicando máximas de experiencia que no son otra cosa sino reglas que se extraen del acervo general de una civilización y, por tanto, no vienen determinadas por el conocimiento o dominio de una concreta ciencia o técnica. Con la aplicación de tales máximas, el Juez concede a las afirmaciones producidas por las distintas pruebas la relevancia que considera más adecuada de acuerdo con la sana crítica, la razón humana o el buen criterio, con el fin de tener como ciertos o falsos en la sentencia definitiva los hechos controvertidos que fueron objeto de la actividad probatoria (cfr. Moreno Catena, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1993, p. 376) (*I. D.-L.*)

34. Responsabilidad médica. La obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario es de medios, no de resultados.—Estos profesionales están obligados no a obtener en todo caso la recuperación del enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia (SS de 14 de noviembre y 5 de diciembre de 1994 y 15 y 28 de febrero de 1995).

En la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba.—En consecuencia, corresponde al paciente la prueba de la culpa y de la relación de causalidad, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa (SS de 14 de noviembre y 5 de diciembre de 1994 y 15 y 18 de febrero de 1995).

La prueba de presunciones es potestativa para el Juzgador.—El CC autoriza al Juzgador a utilizar la prueba de presunciones, pero no le obliga a su uso (STS de 10 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Un cortador de vidrio tuvo un accidente de trabajo que le causó una fuerte herida en su mano izquierda. A consecuencia de las lesiones que sufrió fue intervenido, de urgencia, en el Centro Médico de la Mutua que su empresa tenía concertada, quedándole importantes

secuelas en su brazo izquierdo. El trabajador demandó a la Mutua y a los médicos que le operaron reclamándoles una indemnización de 20.000.000 de pesetas. Quedó demostrado que la técnica utilizada para la intervención fue correcta y que no hubo negligencia en la actuación médica. La demanda fue desestimada en todas las instancias del procedimiento. (I. D.-L.)

35. Responsabilidad del empresario por su dependiente: culpa *in vigilando*. Responsabilidad cuasiobjetiva.—La responsabilidad directa del empresario deriva de lo dispuesto en los párrafos primero y cuarto del artículo 1903 CC y se fundamenta en la culpa *in vigilando*. Hay que hacer notar, también, que la doctrina jurisprudencial (SSTS de 25 de octubre de 1966, 3 de mayo de 1967, 16 de marzo de 1986 y 21 de noviembre de 1987) configura a esta responsabilidad del empresario como «cuasiobjetiva». (STS de 29 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El conductor de una carretilla mecánica que actuaba al servicio de la *Cía T.* (en el sentido de que se encontraba bajo las órdenes y vigilancia de la misma, sin dependencia para este trabajo de ninguna otra empresa), al maniobrar hacia atrás, dentro de recinto portuario de Santa Cruz de Tenerife, desbordó el espacio de que disponía para completar una operación, por no poner en ello la debida atención, y fue a golpear contra una plataforma a la que desplazó hacia un contenedor alojado en el suelo hasta atrapar entre ambos al actor, que circulaba por ese lugar al ser persona que desarrollaba su trabajo también dentro del puerto. Este último reclamó judicialmente daños y perjuicios al operario que conducía la carretilla, a la *Cía T.*, a la Sociedad Estatal Portuaria y a dos más. El Juzgado estimó en parte la demanda. La Audiencia revocó parcialmente esta última, al condenar sólo al operario-conductor y a la *Cía T.*, con carácter solidario. El TS no da lugar al recurso de casación presentado por la *Cía T.* (I. D.-L.)

36. Responsabilidad del empresario por su dependiente. Culpa *in vigilando*: deber de supervisar que se realice el trabajo según las normas de seguridad.—Ha de ser el encargado quien ha de visar los mandatos y quien ha de supervisar que los trabajadores, cuando cumplen con su trabajo, lo hagan según las normas prescritas en materia de seguridad, máxime cuando la labor a realizar implique un gran riesgo (S de 27 de julio de 1990).

Prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. Comienzo del cómputo del plazo en el caso de lesiones que dejan secuelas físicas susceptibles de curación o de mejora o de empeoramiento, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas.—En estos supuestos, el plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse hasta conocer el alcance o efecto definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo. En tales casos, la fijación del *dies a quo*, ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica en cuanto que el artículo 1969 CC no es a estos efectos un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum* (SS de 22 de enero de 1985, 21 de abril de 1986 y 26 de septiembre de 1994, entre otras).

Prescripción de la acción directa del perjudicado o sus herederos frente al asegurador cuando el seguro es de responsabilidad civil. Comienzo del cómputo del plazo: cuando se reconozca o declare que el asegurado es civilmente responsable.—Esta doctrina trae como consecuencia que la prescripción de tal acción no puede producirse cuando se demanda en el mismo proceso al asegurado y a la aseguradora (S de 23 de abril de 1991); dado que hasta que no se declare por sentencia firme la responsabilidad civil del asegurado, no comienza el cómputo del plazo de prescripción de la acción directa. (STS de 3 de septiembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Con motivo de un accidente laboral ocurrido el 9 de febrero de 1989, el actor, empleado de una empresa, resultó gravemente lesionado (las secuelas de estas lesiones lo han dejado en una silla de ruedas) por unos hechos en los que quedó demostrado la actuación culpable de la empresa mencionada por omisión de las mínimas normas de seguridad que la misma ha de imponer a sus trabajadores. Es importante reseñar que el mencionado empleado fue declarado en situación de «gran invalidez» (notificándosele el 19 de abril de 1990). El 31 de enero de 1991 el perjudicado demandó a su empresa y a la Cía. Aseguradora de esta última, reclamándoles una indemnización de 25.000.000 de pesetas por sus lesiones, *petitum doloris* y secuelas. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda al condenar a los demandados, con carácter solidario, a pagar al actor 15 millones de pesetas más los intereses legales aumentados en dos puntos desde la presente resolución. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda al entender prescrita la acción. El TS admite el recurso de casación presentado por el actor y falla de conformidad con la sentencia de primera instancia. (I. D.-L.)

37. **Responsabilidad por daños causados por animal (art. 1905 CC). Acciones del animal: supuesto de invasión de la calzada.**—Es arbitrario distinguir entre las acciones del animal para eximir de responsabilidad a su poseedor o a quien se sirve de él, ya que basta que el daño esté causado por el animal o pueda atribuírsele. La invasión repentina de la calzada es un supuesto de responsabilidad incluido en el artículo 1905 CC como ya ha sido declarado en las SS de 23 de noviembre de 1976 y 25 de abril de 1991.

El brocardo *in illiquidis mora non contrahitur* es incompatible con la naturaleza de la deuda nacida de responsabilidad extracontractual.—Al no ser ésta una deuda de suma, sino resarcitoria o compensatoria del daño experimentado, que trata de colocar al dañado en la misma situación que tenía antes de ocurrir el hecho lesivo, o, si no es posible, compensarle por esta imposibilidad. La sentencia que concreta o establece en dinero aquel resarcimiento o compensación nada añade ni quita a la naturaleza intrínseca de la deuda, es un puro instrumento para su materialización, por lo que la cantidad a que condena al responsable debe considerarse que forma parte del patrimonio del perjudicado desde la causación del daño. Así las cosas, los intereses dejados de percibir son suyos, como frutos civiles de dinero de su propiedad, además de que en la actualidad su nominal incorpora el daño de la pérdida de valor de la moneda. Ni los frutos civiles son del deudor ni el acreedor lesionado tiene que sufrir el daño de la devaluación monetaria, pues no se lograría así el íntegro resarcimiento o compensación del dañado. (STS de 27 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Cuando circulaba por una carretera un miembro de la Guardia Civil de Tráfico irrumpió en la calzada una caballería, con la cual colisionó. A consecuencia del accidente el agente sufrió gravísimas lesiones que le llevaron a ser incapacitado judicialmente. La esposa de la víctima, en calidad de tutora, demandó al propietario del animal al que le reclamaba una indemnización de 1.398.000 pesetas por incapacidad temporal y otra de 20.000.000 por las secuelas que el accidente le produjo a su marido. Quedó demostrado que el comportamiento del Guardia Civil no contribuyó a la causación del daño ni agravó la intensidad del mismo. En primera instancia se estimó la indemnización por incapacidad y se impuso, además, la de 19.407.965 pesetas por las secuelas, más costas e intereses legales desde la interposición de la demanda. La Audiencia confirmó este pronunciamiento y el TS no estimó el recurso de casación. (*I. D.-L.*)

38. Accidente de trabajo: no hay exceso de la jurisdicción civil al ser compatible la reclamación laboral con la reclamación civil provenientes de un mismo hecho (accidente laboral).—La Sala primera mantiene la doctrina de estimar compatible la reclamación laboral con la reclamación civil, dado que a pesar de la dualidad de pretensiones y de sus fundamentos jurídicos diversos, éstos no son incompatibles entre sí (STS de 7 de abril de 1995).

Compatibilidad de las responsabilidades que se exigen a las autoridades del Ministerio de Trabajo o que declare la jurisdicción laboral por infracción de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo, con cualquier otra de carácter civil, penal o administrativo.—En la misma línea de la doctrina recogida en el párrafo anterior, las responsabilidades que se exigen a las autoridades del Ministerio de Trabajo o que declare la jurisdicción laboral por incumplimiento de disposiciones que rigen en materia de seguridad e higiene en el trabajo, serán independientes y compatibles con cualquier otra de índole civil, penal o administrativa (SS de 4 de junio de 1993 y 7 de marzo de 1994).

Alcance de la expresión «normas del ordenamiento jurídico», contenida en el apartado 4.º del artículo 1692 LEC, a los efectos del recurso de casación.—El recurso de casación, interpuesto por esta vía, ha de apoyarse en normas del ordenamiento jurídico de carácter civil, careciendo de aptitud los preceptos que no tengan esa naturaleza civil, como son las normas administrativas, penales o laborales (SS de 23 de noviembre de 1990, 8 de abril de 1991 y de 6 de abril de 1992, entre otras muchas). (**STS de 6 de febrero de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Con motivo de una explosión de grisú, ocurrida el 13 de marzo de 1975, en una galería minera de Navarra, murieron varios trabajadores. Los herederos de éstos reclamaron una indemnización a la entidad mercantil que explotaba la mina y para la que trabajaban las víctimas, con fundamento en culpa contractual. La demandada alegó la excepción perentoria de prescripción y se opuso también en cuanto al fondo del asunto. El Juzgado no apreció la excepción de prescripción de la acción y estimó en parte la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. No prosperaría el recurso de casación. (*I. D.-L.*)

39. Responsabilidad extracontractual. Accidente de trabajo: existe compatibilidad entre la reclamación laboral y la reclamación civil procedentes de un mismo hecho (accidente laboral).—Existe compatibilidad entre la

indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo, ya que la reglamentación especial, no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente la posibilidad de que puedan derivarse de un mismo hecho (accidente laboral) otras acciones de las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil (SS de 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). De este modo, las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual las cuales nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1093 CC) que es la culpa o negligencia no penadas por la Ley.

Daño corporal. Comienzo del plazo de prescripción de la acción de indemnización: cuando se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto.—Ya que sólo entonces se halla el interesado en condiciones de ejercitar la acción valorando el alcance efectivo y total del daño y el importe de la adecuada indemnización (S de 8 de julio de 1983). En este sentido, no puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, ya que al no saberse hasta entonces su alcance no puede reclamarse en base a ellas (S de 17 de mayo de 1989).

Concurrencia de culpa del perjudicado: moderación de la responsabilidad.—Cuando existe una concurrencia de culpas entre el agente y la propia víctima en la producción de un mismo daño, procede la reducción del *quantum* de la indemnización establecida.

La incompetencia de jurisdicción puede ser planteada como cuestión nueva en casación.—Dado el carácter de orden público absoluto que la incompetencia de jurisdicción conlleva, cabe ser sometida a consideración, como cuestión nueva, en esta sede. (STS de 27 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Ocurrido un accidente en una mina en el que resultó gravemente lesionado un trabajador, éste reclamó a la entidad mercantil encargada de la explotación 26.000.000 de pesetas en concepto de daños y perjuicios. El suceso se produjo al deslizarse un costero que se había desprendido unos días antes y sobre el que no se habían adoptado las medidas precisas para inmovilizarlo. El actor no tuvo intervención en el desarrollo de los hechos causantes del accidente. En todas las instancias del procedimiento se condenó a la demandada a que indemnizase al actor con la cantidad de 18.000.000 de pesetas. (I. D.-L.)

DERECHOS REALES. REGISTRAL. HIPOTECARIO

40. Zona marítimo-terrestre.—La Constitución no ha venido a derogar expresamente la legislación anterior en cuanto que a su amparo se podía acceder al dominio de los enclaves en zonas marítimo-terrestres aunque su artículo 132.2, no contenga reconocimiento expreso de los derechos legítimamente adquiridos en dichas zonas. Sin embargo, el efecto derogatorio de la legislación contradictoria a la normativa constitucional, no puede tener trascendencia confiscatoria, por prohibirlo su artículo 33.3 respecto a aquellas situaciones patrimoniales que tienen origen en contratos legales, y se han consolidado con el transcurso del tiempo, presentándose acomodadas a la normativa que regulaba las mismas antes de la

vigencia de dicho cuerpo legal, que precisamente no es proclive a desatender en forma expresa los intereses legítimos de terceros sobre el controvertido dominio costero en los casos de retroactividad y por tanto los derechos de los particulares han de mantenerse y reconocerse. En consecuencia, *la presunción-blindada constitucional* en pro del dominio público nacional, requiere, para ser destruida, una rigurosa demostración de contrario y los particulares que se opongan a las pretensiones reivindicativas del Estado, deben probar los hechos obstativos, no siendo para ello suficientes las inscripciones registrales, concretamente a la operada en virtud del artículo 205 LH. En este sentido la actividad de deslinde sólo resuelve problemas de límites, pero no contiene declaraciones de propiedad, ni aun de posesión, por lo que no confiere titularidad alguna. (STS de 10 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. C. B. y otros formularon demanda contra la Administración del Estado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria que desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso. El TS estimó parcialmente el recurso. (A. J. C.)

41. Accesión invertida.—Los requisitos que deben concurrir para que se dé la figura de la accesión invertida o construcción extralimitada son: a) que quien la pretenda sea titular de lo edificado; b) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; c) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; d) que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido, y e) que el edificante haya procedido de buena fe. El supuesto de la accesión invertida o construcción extralimitada en el que la regla *superficies solo cedit* es sustituida por la de *accessorium sequitur principale* sólo juega en los casos de accesión inmobiliaria por edificación, no en las de plantación o siembra ya que en éstos no se da la invisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el cual se construye. (STS de 22 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—C. SA formuló demanda contra don E. P. L. y otros ante el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián de la Gomera que estimó parcialmente la demanda. La Audiencia estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al mismo. (A. J. C.)

42. División de cosa común.—Los comuneros podrán realizar de común acuerdo la división de la cosa común, de la manera que tengan por conveniente, estableciendo la jurisprudencia que tal supuesto constituye un acto equivalente a un contrato (SS de 25 de febrero de 1966 y 18 de febrero de 1987), lo que supone una voluntad concorde o una coincidencia en los querer de todos los interesados, según señala el artículo 402 CC. Pero no cabe confundir el concurso de la oferta y la aceptación (consentimiento) con los meros tratos preliminares, en los que aquellos se manifiestan de forma condicional, sometándose a una serie de requisitos que si no se asumen todos, implican ruptura o falta de consenso, como es el caso.

La referencia a árbitros o amigables componedores, en estos supuestos de comunidad de bienes a liquidar, no han de regirse forzosamente por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, sino a voluntad de los interesados, pues, el cometido de esos árbitros es simple trasunto del que está confiado a los contadores partido-

res de la herencia, cuyas reglas de división o partición son subsidiariamente aplicables en estos casos. (STS de 15 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. C. M. y otros formularon demanda de juicio declarativo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de los de Madrid, que estimó la demanda. La Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

43. Disolución de comunidad mediante la división de la cosa común en régimen de propiedad horizontal.—Se puede acudir a esta forma de extinción de la comunidad ordinaria y su sustitución por un régimen de propiedad horizontal cuando se trate de un edificio cuyas características lo permitan, debiéndose dar tal circunstancia originariamente. Respecto de la finca objeto de la contienda —una vivienda unifamiliar con una distribución propia de una casa de labranza a través de cuyo portal entraban los animales hacia el establo situado en el patio— no se puede afirmar que, originariamente, el edificio reuniera las características a que se refiere el artículo 396 CC, por lo que su sometimiento al régimen de propiedad horizontal requiere la realización de obras de adaptación cuyo importe se revela importante si se tiene en cuenta la estructura y elementos con que cuentan cada una de las viviendas resultantes y que sería necesario habilitar como viviendas independientes. El importe de todas estas obras pudiera hacer antieconómica esta forma de disolución de la comunidad, habida cuenta que las apreciaciones sobre divisibilidad o indivisibilidad no son un hecho sino un concepto valorativo de unos hechos y que tal circunstancia no sólo depende de su indivisibilidad real sino también de su indivisibilidad jurídica, configurada ésta por la originación de un gasto considerable a los partícipes, lo que hace que tal situación de indivisibilidad se dé en el presente caso. (STS de 13 de julio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don E. B. P. presentó demanda contra doña M. D. B. P. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Castellón de la Plana, que estimó la demanda. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana estimó parcialmente el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

44. Propiedad horizontal: obras en elementos comunes.—La apertura de huecos en una pared de los locales comerciales de un edificio que permiten su comunicación con otro contiguo, que pertenece a distinto inmueble, infringe lo dispuesto en el artículo 7 LPH de 21 de julio de 1960 ya que aunque la citada pared no tenga una misión estructural, no cabe duda de que es un elemento común dentro de los del inmueble y altera su configuración o estado exterior. En consecuencia, el propietario del citado local no podía, con arreglo al citado precepto, hacer obra sin el consentimiento de la Comunidad, que no lo tuvo. La sanción por la citada contravención es la reposición del elemento alterado a su anterior estado y no la de su mantenimiento, pues, la notificación al representante de la comunidad que el precepto citado estatuye se refiere a las obras de modificación de elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios del piso o local que pueda realizar libremente el propietario y siempre que se guarden las limitaciones que en el artículo 7 LPH se fijan, entre ellas la de no alterar o menoscabar la configuración y estado exterior del inmueble. (STS de 24 de enero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del Edificio I presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de León, contra TA, S. A., que desestimó la demanda. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid estimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

45. Propiedad horizontal. Cerramiento de elementos comunes.—La construcción de un nuevo elemento común consistente en un muro que cierra una urbanización originariamente abierta, altera muy considerablemente la situación general prevista en el título constitutivo, excediendo de los límites de un simple acto de administración para proteger la seguridad de las personas y bienes que pudiera excluir la aplicación de la regla contenida en el artículo 16.1 LPH en relación con el artículo 11. El acuerdo requiere la unanimidad de los propietarios ya que, al igual de la seguridad del Complejo, es respetable el derecho de los dueños de los locales comerciales a ejercer sus actividades en las mismas condiciones establecidas en el título constitutivo: acceso directo a los locales desde la zona común o a través de la cubierta del semisótano y sin cerramiento de la zona común para aislarla del exterior. (STS de 30 de enero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. G. S. T. y otros presentaron demanda contra la Comunidad de Propietarios C. S. N. B. I ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alicante, que estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

46. Propiedad horizontal: obras en elementos comunes.—En el presente caso la cuestión se centra en determinar si para realizar las obras ejecutadas por la recurrente (apertura de tres huecos, que dan a un patio común, para la salida del aire acondicionado, tapados con un cartel publicitario) es necesario el consentimiento unánime de la Comunidad de Propietarios. Aunque la sentencia reconoce que la interpretación que hay que dar a las alteraciones de la configuración del estado exterior de un edificio, a que se refiere el artículo 7.1 LPH, tiene que ser de carácter restrictivo y por ello los casos de pequeñas obras realizadas en una pared que da al patio del edificio no pueden tener la consideración de modificaciones de la estructura. Sin embargo, en este caso no cabe discutirse que los huecos abiertos en la pared comunal alteran su configuración o estado exterior por lo que la limitación contenida en los artículos 7.1.º y 11 LPH es indiscutible, habida cuenta de que la colocación de los carteles es una argucia para impedir la vista desde el exterior de la apertura de tales huecos. (STS de 24 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios *Residencial Mirabel* formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra *Caja Madrid*, ante el Juzgado de Primera Instancia de Toledo, que desestimó la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Toledo estimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

47. Propiedad horizontal: concepto de servicio de portería.—El término *portería* que incluye el artículo 396 CC entre los llamados elementos comunes se refiere claramente a los elementos físicos del inmueble aptos para destinarse o dedicarse al expresado servicio, como denota la enumeración que realiza (suelo, vuelo, cimentaciones ... escaleras, porterías,...) en función del concepto principal

elementos del edificio. Por ello, no puede impedirse a la mayoría de los copropietarios que acuerden la supresión del servicio de portería desempeñado por persona física y su sustitución por otro (portero eléctrico o videoportero) como acto de administración, aunque por supuesto no puedan, sin ajustarse a la regla de la unanimidad, arrendar o vender las dependencias o vivienda del portero o dar otro destino a las mismas. (STS de 26 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. G. P. y otros presentaron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Málaga, contra la Comunidad de propietarios del edificio en calle Cortina del Muelle, 21, que estimó la demanda. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

48. Inmatriculación de finca rústica. Requisitos del artículo 205 LH.—La redacción del artículo 298 RH parece que amplía el marco de los documentos que pueden inscribirse sin requisitos condicionantes respecto de lo que dispone el artículo 205 LH, lo que ha sugerido distintas interpretaciones doctrinales. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina de la DGRN (R de 24 de mayo de 1983) cabe la posibilidad de utilizar como elemento inmatriculador el título público que sea anterior en un año a la fecha en que se solicite la inmatriculación, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento. (STS de 12 de febrero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. G. B. y otros presentaron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Fuengirola contra don J. V. C. y otro, que desestimó la demanda. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

49. Doble venta. Principio de prioridad.—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 lo que en caso de doble venta de un 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 la 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 23 de enero de 1989).

Fe pública registral. Artículos 32, 33 y 34 LH.—La Sala afirma 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 LH, es decir, que, conforme al artículo 32 LH, 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 perjudican; y si es válido el contrato de 1980, como aquí ocurre, al tercero del artículo 34 LH no le afecta la excepción del artículo 33 LH, lo que hace decaer el motivo.

Doctrina de los actos propios.—El primer motivo del recurso considera infringido el artículo 1253 CC, al entender el recurrente que la Audiencia realizó una deducción que no se ajusta a las reglas del criterio humano, consistente en considerar que la finca segregada y vendida al recurrente el 30 de enero de 1980

corresponde parcialmente a la parcela cifrada con el núm. 5 vendida al propio recurrente el 14 de junio de 1968. Pero la Sala afirma que este motivo debe ser desestimado por ir en contra de la doctrina de los actos propios y los hechos sentados por el recurrente en su propia demanda, ya que en ella se contienen varias referencias a la identidad de dichas fincas, es decir, el propio recurrente reconocía la certeza de dicha identidad entre las dos fincas. Con cuanto antecede quiere decirse que la identidad entre la finca vendida al recurrente y la parcela núm. 5 no la deduce el Tribunal por vía de una presunción, sino por admisión de la propia parte y por prueba directa, con lo que mal pudo infringirse el artículo 1253 CC. (STS de 12 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha de 4 de julio de 1967, don Antonio B. N. adquirió, en pleno dominio, una parcela situada en el núm. 5 de la calle Numancia, de la localidad de Tarifa. Posteriormente, el día 14 de junio de 1968, don Antonio B. N. y su esposa vendieron a don Alberto D. G. dicha parcela en escritura pública. El comprador no inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad, no obstante figurar la finca inscrita a favor de los vendedores. Con fecha 30 de enero de 1980, don Antonio B. N. y su esposa otorgaron escritura pública de agrupación, segregación y compraventa por virtud de la cual vendían a don Luis G. F. la mencionada finca o, por mejor decir, una parte de ella, previa agrupación con otras dos colindantes y segregación de una finca nueva que corresponde parcialmente a la antigua núm. 5, ya descrita. Con fecha 14 de septiembre de 1988, don Alberto D. G. y su esposa vendieron parte de la repetida finca, mediante escritura pública, a la sociedad *Zoffany Limited*. Cuando se pretendió la inscripción de la escritura que recogía esta última compraventa, el Registro de la Propiedad núm. 2 de Algeciras denegó la inscripción, al encontrarse la finca vendida e inscrita a nombre de don Luis G. F. en virtud de la escritura de agrupación, segregación y venta de 30 de enero de 1980. Ante estos hechos, don Alberto D. G. y la entidad *Zoffany Limited* formularon demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Antonio B. N. y su esposa, solicitando la declaración de nulidad de la escritura de agrupación, segregación y venta de 30 de enero de 1980 (por la que los demandados vendieron a don Luis G. F.) y la consiguiente nulidad de las inscripciones a que dio lugar la anterior escritura. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Algeciras dictó sentencia desestimando íntegramente el recurso y confirmando la sentencia recurrida. Interpuesto recurso de casación, por don Alberto D. G., el TS declara que no ha lugar al recurso. (A. C. O.)

50. Tercería de dominio.—Un contrato tiene objeto cuando éste si no está determinado, es determinable, lo que permite el artículo 1273 CC siempre que la determinación no requiera que los contratantes hayan de ponerse nuevamente de acuerdo sino que baste la aplicación de los criterios que establecieron, surtiendo dicho contrato plena eficacia jurídica desde el momento de su celebración aun cuando después se efectuara la determinación en otro documento posterior.

La anotación de embargo no puede oponerse al que con anterioridad ha adquirido el objeto de la traba, aunque no haya inscrito su derecho, ya que la traba no puede recaer sobre bienes que no estén en el patrimonio del deudor, ni el

acreedor embargante goza de la protección del artículo 34 LH. (STS de 14 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José B. R. y dos más promovieron tercera de dominio contra don B. C. E. y contra C. S. A., ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almería que estimó la demanda. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

51. Ejecución hipotecaria.—La cuestión radica en determinar, si los contratos de arrendamiento pactados con posterioridad a la constitución de una hipoteca sobre un inmueble, continúan vigentes después del auto de adjudicación de la finca, o si por el contrario es de aplicación la regla 17 del citado artículo 131 LH ordenándose la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca. Sobre la base de la compatibilidad del derecho real dominical con el derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse extinguido el segundo, cuando la finca se ha transmitido mediante adjudicación hipotecaria, por las siguientes razones: a) porque la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, mediante la subasta establecida en el artículo 131 LH, afecta únicamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no se deriva que haya de afectar también a derechos personales, que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso; b) Porque de seguirse criterio distinto, se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento, no enumerada en la relación imperativa y taxativa de esas causas que hace el artículo 114 LAU de 1964. Esta doctrina quiebra: a) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (S 17 noviembre 1989); b) cuando se prueba que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y c) cuando con el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario, disminuyendo el valor de garantía o de subasta de la finca hipotecada, para lo cual puede servir como pauta, salvo prueba en contrario, las disposiciones del artículo 219.2.º RH (STS de 9 de mayo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña V. P. M. y otros, formularon demanda contra don C. P. V. A. de C. y B., ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona que desestimó la demanda. La Audiencia estimó el recurso. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

DERECHO DE FAMILIA

52. Matrimonio canónico. Matrimonio rato y no consumado.—El motivo decaer, porque no afecta nada su contenido a la decisión tomada por la Audiencia, que como pone de manifiesto, no puede entrar a fiscalizar el cumplimiento de los trámites seguidos ante la Santa Sede. La Audiencia además ha declarado hecho probado que hubo notificación. Debe partirse de que el rescripto pontificio de dispensa de matrimonio rato y no consumado, no es apelable y su firmeza no ofrece duda, sin que por otra parte pueda suscitarse ante los Tribunales españoles

cuestión sobre los efectos que produciría una revocación del rescripto por «obrepción en las preces» (mediando mentira), a que se refiere el recurrente.

Principio de igualdad.—La dispensa matrimonial por rato y no consumado la reconoce y conserva desde siempre nuestro Derecho codificado, hoy en el artículo 80 CC, que declara la eficacia civil de las decisiones pontificias sobre dicha materia, cuando se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente, conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 LEC. Plantear una infracción del principio de igualdad, exige en primer lugar demostrar que no se le ha tratado del propio modo que a otros implicados en análogos rescriptos, pero no es eso lo perseguido por el recurrente, que se entretiene en advertir diferencias entre los ciudadanos según sus credos, lo que le debería llevar a sugerir el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, pero no a sostener que se infringe la igualdad cuando a su matrimonio canónico se le aplican las reglas que él mismo eligió y con absoluta igualdad que a otros casos iguales. (STS de 17 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 11 de abril de 1990, la Santa Sede dictó un Rescripto Pontificio, por el que declaró la dispensa del matrimonio rato y no consumado de doña Magdalena C. M. y don Luis R. M., que presentado por aquella en solicitud de eficacia civil, conforme establece la disposición adicional segunda de la Ley de 7 de julio de 1981, y al haberse opuesto el esposo, el Juzgado dictó auto denegatorio en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 3 de dicha norma adicional segunda, dejando a salvo el derecho a formular la pretensión en el procedimiento correspondiente. Doña Magdalena C. M., promovió juicio de menor cuantía solicitando los efectos civiles del Rescripto y fue desestimada la demanda en primera instancia por entender que concurrían los requisitos del artículo 954 LEC, pero faltaba el requisito de la firmeza del Rescripto por no haber sido notificado en forma al aquí demandado. La Audiencia en apelación, revocó la sentencia y estimó la demanda. El TS no casó la sentencia. (A. C. S.)

53. Sociedad de gananciales. Presunción de ganancialidad.—La destrucción de esta presunción ha de hacerse con aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes por uno u otro cónyuge; no basta, por regla general, la declaración del otro esposo.

Deuda mercantil. Mora.—En las obligaciones mercantiles con día señalado para su vencimiento, la mora comienza el día siguiente de su vencimiento. En régimen puramente civil, el protesto de letras de cambio representa la exigencia extrajudicial de cumplimiento. (STS de 2 de julio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El TS da lugar al recurso de casación y reconoce el carácter ganancial del inmueble al que la Audiencia y el Juzgado habían atribuido naturaleza privativa de la esposa a través de una valoración conjunta de la prueba. (A. C. S.)

54. Sociedad de gananciales. Presunción de ganancialidad.—El precepto aplicable es el antiguo artículo 1407 del antiguo CC, pero, en cualquier caso, lo cierto es que la presunción *iuris tantum* de que se trata ha de aplicarse no sólo en las relaciones con terceros, como argumenta la recurrente, sino también entre ambos cónyuges, como es el caso, y, así establecido, la doctrina jurisprudencial

(STS de 18 de julio de 1994, con cita de anteriores) tiene declarada la necesidad de darse prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad, y, por tanto, no basta, para estimar el motivo que nos ocupa, que la Audiencia haya apreciado la existencia de indicios acusados, pues la *vis atractiva* de la ganancialidad de los bienes, inspiradora del artículo 1407 y del actual artículo 1361, impone la exigencia de una prueba —no sólo de indicios— que reúna las características señaladas jurisprudencialmente, debiendo resolverse las situaciones dudosas, como la presente, en favor de la naturaleza ganancial de los bienes, que es lo decidido, en definitiva, por el Tribunal *a quo*, por lo que ha de decaer el motivo. (STS de 24 de julio de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Se afirma la ganancialidad de unos bienes adquiridos en compraventa, en la que no se ha demostrado que el dinero con que se pagó fuera privativo. Se aplica la presunción *iuris tantum* de ganancialidad que inspiraba al antiguo artículo 1407 CC y al 1361 actual. (A. C. S.)

55. Sociedad de gananciales. Inexistencia de fraude de un cónyuge en contra de los intereses del otro.—El artículo 1391 CC, como su precedente el 1390 del que es continuación, supone la ejecución por uno de los cónyuges de un acto de administración o enajenación de los bienes gananciales, supuesto en que no puede comprenderse la no inclusión de las operaciones divisorias de la sociedad de gananciales de determinados bienes de ese carácter. (STS de 8 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En ambas instancias fue desestimada la demanda formulada por doña María Luisa V. H. en la que solicitaba se dicte sentencia declarando que en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales otorgada entre los cónyuges litigantes el día 6 de noviembre de 1987 se omitió inventariar la cantidad dineraria de 21.183.835 pesetas, ordenando en consecuencia su inclusión en el activo de la sociedad conyugal de la referida suma y se condene al demandado don Manuel G. C. a entregar a su esposa, la hoy actora, la cantidad de 10.591.917 pesetas, más los intereses legales a partir del día 6 de noviembre de 1987. (A. C. S.)

56. Filiación. Acción de reclamación de la extramatrimonial por el progenitor.—La interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134 CC, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aun en casos en que no haya posesión de estado, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada (STS de 8 de julio de 1991).

Negativa de la madre a la práctica sobre el hijo de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad.—La actitud contraria a la práctica de la prueba no puede ampararla el Derecho, como expresa la STS de 28 de noviembre de 1995, por muy explicables desde el punto de vista subjetivo que sean las motivaciones que llevan a los demandados a negar todo tipo de colaboración, el Derecho no puede amparar estas conductas. En efecto, la actitud de los mismos comporta un ejercicio antisocial del derecho de defensa. (STS de 24 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La acción ejercitada es la de reclamación de la filiación no matrimonial, entablada por el pretendido padre biológico del hijo, contra su madre, que ha concluido tanto en primera como en segunda instancia con sentencias desestimatorias de la pretensión, coincidentes ambas en la carencia de legitimación activa del actor por falta de acreditamiento de la posesión de estado. Prospera el recurso de casación. (A. C. S.)

57. Pruebas acreditativas de la filiación. Valoración de la negativa injustificada a someterse a la prueba del análisis de los grupos sanguíneos.—«Ha de recordarse: a) Que en orden a la interpretación del artículo 135 CC es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala la de que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el artículo 4.1 CC, en orden a permitir que se tomen en consideración “otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo” (SS de 8 de julio de 1986; 10 y 27 de junio, y 14 de noviembre de 1987; 26 de mayo y 7 de diciembre de 1988; 5 de abril y 20 de julio de 1990; 5 de octubre de 1992; 29 de marzo y 20 de octubre de 1993; todas ellas citadas en la de 16 de julio de 1994), y b) ser también doctrina jurisprudencial reiterada, pacífica y consolidada, respecto al modo cómo debe interpretarse y valorarse la negativa injustificada de los litigantes a someterse a la prueba directa del análisis de los grupos sanguíneos, la recogida por ambas sentencias de instancia, pues, partiendo del hecho científicamente comprobado, de que tal prueba biológica determina con absoluta seguridad una delimitación negativa de la paternidad, con una probabilidad hasta el 99,98 por 100 de estimación positiva, la posición obstruccionista injustificada de cualquiera de los litigantes, si no es equiparable a una *facta confessio*, dado que la ley así no lo declara, constituye un indicio cualificado que, en unión de otros medios probatorios, debe conducir a declarar la existencia de la paternidad cuestionada, máxime si se tienen en cuenta los intereses constitucionales en juego».

Alcance de la prueba de presunciones.—«... técnicamente la prueba de presunciones no puede identificarse con los *facta concludentia*, ni con las máximas de experiencia, deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia, ya que la prueba de presunciones permite que del hecho o hechos base puedan obtenerse varios hechos consecuencia, correspondiendo al juzgador en cada caso determinar cuál es el más adecuado al supuesto histórico que se examina. Ya la S de 23 de febrero de 1987, haciendo alusión a la de 11 de junio de 1984, ambas citadas en otras muchas posteriores, señalaba que 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 ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia* antes aludidos, 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; pero si la deducción es razonable no cabe impugnarla, así como si los hechos base están demostrados (S de 24 de noviembre de 1983)». (STS de 4 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Las sentencias de instancia se muestran conformes al declarar que una menor es hija no matrimonial del demandado -un conocido tenista- y la demandante. Consta que la prueba biológica de paternidad quedó frustrada como consecuencia de la negativa del demandado a someterse a la misma a pesar del expreso pronunciamiento en tal sentido del Juzgado. Consta igualmente que no existen pruebas a favor de la no paternidad y que no se ha probado la concurrencia de la *exceptio plurium concubentium*. El demandado interpone recurso de casación que el TS no acoge. (R. G. S.)

58. No procede declarar la paternidad pese a la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas si del material probatorio no se infiere la existencia de relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.—«Ha interpuesto la actora recurso de casación en el que se denuncia la infracción del artículo 1253 CC. En su fundamentación se sostiene que la paternidad pretendida se puede deducir de las declaraciones de los testigos, que manifestaron que existían relaciones entre la actora y demandado en la época de la concepción del menor, junto con el indicio que supone el que el demandado se haya negado a la práctica de las pruebas biológicas. El motivo es claramente desestimable, por combatir la valoración de la prueba testifical efectuado por la Sala de Apelación, siendo así que esta Sala tiene reiterado hasta la saciedad que tal cometido es propio de la soberanía de la instancia, que aquí lo ha desarrollado con minuciosidad. Al no existir prueba de la que inferir la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción del menor, no se puede dar valor y eficacia de confesión a la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas». (STS de 18 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda de reclamación de filiación extramatrimonial, declara el Juzgado la paternidad del demandado. Éste interpone recurso de apelación y la Audiencia lo estima revocando la sentencia de instancia. Recurren en casación la madre y el hijo (llegado para entonces a la mayor edad) y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

59. Derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto.—La prudencia del Juzgador se ha extremado al máximo, ya que se ha tenido en cuenta que el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto, fallecido el padre, no puede equipararse o igualarse a la condición que mantenía con su padre.

Derecho del menor a ser oído.—La nueva Ley del menor de 15 de enero de 1996 y la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990, garantizan al niño que tenga condiciones para formar juicio, que se le oiga en cuanto afecte a su esfera personal, familiar o social. (STS de 11 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Versa el presente recurso sobre el régimen de visitas que reclaman los abuelos paternos del menor a su suera, la madre del menor, en estado de viuda y, con anterioridad separada de su marido

más tarde fallecido, padre del referido menor. La sentencia recurrida que no niega el derecho de los actores a relacionarse con su nieto revocada, sin embargo, el régimen de visitas que la sentencia de primera instancia estableció que modifica por otro más acorde con la situación, pues, atendiendo a máximas de prudencia y normalidad, es aconsejable establecer que los actores podrán visitar a su nieto y tenerlo en su compañía todos los jueves del año desde las dieciocho horas que será recogido en el domicilio de la madre, sea el habitual o el accidental en períodos vacacionales, hasta las veinte horas y treinta minutos del mismo día, que será retornado al mismo lugar en que se le recogió. No prospera el recurso de casación. (A. C. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

60. Testamento ológrafo.—En el presente caso se trata de obtener la declaración judicial de que un determinado documento es válido y eficaz como testamento ológrafo, lo cual puede pretenderse directamente a través de un juicio declarativo ordinario, sin haber tenido que obtener previamente la protocolización del mismo, como así lo tiene proclamado esta Sala en SS de 31 de enero de 1911 y 28 de enero de 1914.

Interpretación del testamento.—Es reiterada e igualmente notoria doctrina de esta Sala la de que la interpretación de los testamentos es función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas han de ser mantenidas en casación, salvo que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o de la ley.

Voluntad del testador de dejar subsistente un testamento anterior.—La S de esta Sala de 7 de mayo de 1990 tiene declarado que superado un primitivo criterio rigorista de ineludible exigencia de que la voluntad del testador en el indicado sentido había de aparecer explícita y formalmente expresada en el testamento posterior, sin cuyo requisito en ningún caso podía pervivir total o parcialmente el anterior, el nuevo y más flexible criterio jurisprudencial, ya iniciado en las SS de esta Sala de 22 de marzo de 1901, 17 de junio de 1915 y 11 de diciembre de 1929, y consolidado en la reciente de 1 de febrero de 1988, coincidente, además, con el de la doctrina científica mayoritaria y con el que ya adoptó la DRGN (RR de 12 de septiembre de 1947 y 18 de diciembre de 1951) es el de que la «voluntad» que se exige en el párrafo primero del artículo 739 CC para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no sólo la explícita o expresa en tal sentido, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas del mismo Cuerpo legal, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior, respecto del cual el posterior sea complementario, aclaratorio o simplemente modificativo. (STS de 14 de mayo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En septiembre de 1990, doña Benilde P. P. promovió contra don José Francisco y doña María Asunción de M. V., doña María de los Angeles P. de M. y contra la herencia yacente y otros herederos de doña Amparo de M. G. del M. juicio de menor cuantía, en el que postuló se dicte sentencia por la que se declare y condene a los demandados a lo siguiente: 1.º Que son válidos y pueden ser pro-

TOCOLIZADOS los testamentos ológrafos otorgados por doña Amparo de M. G. del M. en 2 de septiembre y 15 de octubre de 1983, ordenando legados en favor de Benilde P.P. 2.º Que doña Amparo M.G. del M. tenía aceptada tácitamente la herencia testada de su premuerto hermano don Florencio José. 3.º Que los herederos de doña Amparo de M.G. del M. están obligados en todo caso a hacer inmedita entrega a la indicada legataria de la totalidad del piso 10.º B o izquierda de la casa núm. X del Paseo de la Constitución y la cantidad de 2.000.000 de pesetas, más los intereses legales de esta cantidad desde la presentación de esta demanda. 4.º Que es procedente la inscripción en el Registro de la Propiedad del legado del piso vivienda de autos en favor de doña Benilde P. P. con cancelación de las inscripciones contradictorias.

En dicho proceso en su grado de apelación recayó sentencia por la que, confirmando íntegramente la de primera instancia, estimó todos los pedimentos de la demanda. (A. C. S.)

61. Posición jurídica del heredero fiduciario.—Tanto la doctrina como el TS (SS de 19 de mayo de 1952 y 20 de octubre de 1954) señalan que entre el fideicomiso y el usufructo existen diferencias (el fideicomiso concede al fiduciario la propiedad de los bienes con carácter temporal, mientras que el usufructo sólo otorga al usufructuario el uso y disfrute de los bienes cuya propiedad ostenta otro sujeto) pero al mismo tiempo también existen analogías entre ambas instituciones.

Por otra parte, es doctrina reiterada que el fiduciario no puede disponer de los bienes como si fueran libres, tan sólo puede disponer de su derecho de propiedad temporal. Lo que supone que quien reciba la propiedad de esos bienes será dueño sólo durante el período de tiempo que le hubiera correspondido al fiduciario; con posterioridad a este momento los bienes objeto del fideicomiso deben ser entregados al fideicomisario.

Arrendamiento constituido por el fiduciario. Régimen jurídico. Ejercicio de la acción de retracto.—En materia de arrendamientos rústicos, la jurisprudencia en un primer momento y más tarde el artículo 13 LAR de 1980, reconocen que el fiduciario tiene derecho de goce análogo a los del usufructuario y el superficiario. El mencionado precepto señala que «los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador...». Esto implica, en el presente caso, que cuando fallece el arrendador (heredero fiduciario), el arrendamiento de la mitad indivisa de la finca se extingue. Por lo tanto, el arrendatario no puede ejercer el derecho de retracto del artículo 86 LAR de 1980 en relación a esa mitad indivisa de la finca porque no tenía la cualidad de arrendatario cuando transmite la finca a terceros. Sin embargo, sí puede ejercer el mencionado derecho de retracto respecto de la otra mitad indivisa de la finca (cedida por la hermana del arrendador a éste), pues aunque también está sujeta a una sustitución fideicomisaria al no haber fallecido todavía la heredera fiduciaria (hermana del arrendador) el arrendamiento de esa parte de la finca sigue vigente y por consiguiente, el arrendatario podrá en virtud de los artículos 86 y siguientes LAR de 1980 ejercer el derecho de retracto. (STS de 28 de febrero de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En mayo de 1979 don J. I. G. G. cede en arrendamiento durante veinte años a don J. B. F. la finca objeto de litigio. La mitad

indivisa de la finca la adquirió el arrendador por herencia de sus padres sujeta a una sustitución fideicomisaria. La otra mitad de la finca le pertenece por la cesión gratuita de su hermana (que la adquirió de sus padres con la misma limitación fideicomisaria). El arrendador don J. I. G. G. falleció en junio de 1981 dejando como únicos herederos a sus cinco hijos legítimos. La hermana del arrendador no ha fallecido. Los herederos del arrendador venden la totalidad de la finca a don I. J. G. I. y don D. G. I. El arrendatario, don J. B. F., interpuso demanda ejerciendo la acción de retracto de arrendamiento rústico del artículo 86 LAR de 1980 contra los vendedores y los compradores de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y desestima en su totalidad la demanda. El TS estima de forma parcial el recurso de casación, anulando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirmando sólo la parte dispositiva de la sentencia dictada en primera instancia. (M. J. P. G.)

62. Albacea. Extinción del cargo por el transcurso del plazo.—Transcurrido el plazo señalado por el testador, sin haber solicitado prórroga, se extingue el cargo. Sólo se interrumpe o paraliza el plazo por pleitos que versen sobre la validez del testamento o de alguna de sus disposiciones, únicas hipótesis en que el artículo 901 CC permite tal efecto.

Legitimación activa.—Carece de ella el albacea para demandar a la viuda del testador para que proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. (STS de 2 de abril de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Florencio A. R. falleció bajo testamento abierto notarial en el que nombró albacea contador-partidor de su herencia a don Martín G. D., abogado, «con prórroga de un año más sobre el plazo legal». Al Sr. G. se le comunicó su nombramiento el 30 de agosto de 1985, y el 18 de mayo de 1987 entregó un borrador de partición a la viuda del causante y uno de sus hijos. El día 24 de julio de 1987 demandó a la viuda e hijos y herederos del causante, solicitando que aquélla fuese condenada a que, en unión del actor, compareciese ante Notario para formalizar la liquidación y división de la sociedad de gananciales, con la finalidad de que se pudiesen realizar las operaciones sucesorias del causante.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de legitimación activa del actor acogiendo la excepción de falta de acción opuesta por los hijos y herederos del causante que comparecieron, al haber transcurrido el plazo legal de su encargo, sentencia que fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia. (A. C. S.)

DERECHO MERCANTIL

63. Contrato de seguro. Vinculación del tomador a las condiciones generales del contrato.—El control de las condiciones generales de los contratos de adhesión corresponde a los Tribunales, sin olvidar la vigilancia que sobre las mismas ejerce la Administración Pública (en este sentido se pronuncia la STS de 11 de abril de 1991). Se afirma que aunque el tomador del seguro reconozca la

existencia del contrato de seguro ello no implica que necesariamente también esté aprobando y asumiendo las condiciones generales contenidas en la póliza de seguro. En este sentido, el artículo 3 LCS exige que las condiciones generales del contrato estén redactadas de forma clara y precisa y las que sean limitativas de los derechos del asegurado deben ser específicamente aceptadas por escrito. De manera que si la póliza no está firmada por el tomador, el contrato de seguro es válido y eficaz pero las condiciones generales que sean limitativas de los derechos del asegurado no le vinculan ni obligan porque no forman parte del contrato (STS de 26 de mayo de 1989). Tan sólo la aceptación expresa y por escrito de las mencionadas condiciones generales por el tomador permitirá afirmar que son parte del contrato de seguro (SSTS de 31 de mayo, 4 y 9 de junio y 23 de diciembre de 1988, 8 de mayo de 1990 y 7 de febrero de 1992).

Interés de demora. Requisitos.—El TS continuando con la doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS de 3 y 5 de junio y 28 de octubre de 1991 y 28 de enero de 1995) mantiene que no existiendo causa justificada para la demora en el pago de la indemnización, una vez que ha transcurrido el plazo de tres meses fijado por el artículo 20 LCS y estando fijada la cantidad a la que asciende la indemnización es conforme a Derecho el abono del interés de demora. (STS de 29 de enero de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. M. P. es tomador de un seguro de accidentes (aunque no ha firmado la póliza de seguro) contratado con la entidad *Schweiz, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros*. Don F. M. P. sufrió un accidente fortuito que le causó incapacidad permanente total. Formuló demanda sobre reclamación de cantidad contra *Schweiz, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros*.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que en la presente sentencia, cuando se hace referencia al artículo 20 LCS, hay que entender que se hace a su redacción originaria y no a la nueva redacción que le da la disposición adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. (M. J. P. G.)

64. Indemnización de la compañía de seguros en caso de siniestro. Naturaleza jurídica del acto de liquidación.—El TS califica el finiquito como un negocio contractual que por vía de la autonomía privada, reconocida en el artículo 1255 CC, las partes pueden pactar un término final que en la práctica equivale a una caducidad convencional.

Distinción entre caducidad y prescripción. Doctrina jurisprudencial.—La STS de 30 de abril de 1940 estableció las directrices para distinguir la caducidad de la prescripción creando una jurisprudencia que de forma continua señala las diferencias entre ambas instituciones. Se afirma que la caducidad provoca la extinción automática de un derecho cuando su titular no actúa dentro del plazo del tiempo señalado por la Ley o las partes para su ejercicio. La caducidad no es renunciabile y puede ser apreciada de oficio por el Juez mientras que la prescripción debe ser alegada por el interesado para que sea eficaz. También se señala que las causas de interrupción del artículo 1973 CC no son aplicables a los casos de caducidad.

Contrato de seguro marítimo. Normativa aplicable.—Como indican las SSTS de 19 de octubre de 1987, 21 de julio de 1989 y 22 de abril de 1991, el contrato de seguro marítimo no es regulado por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre contrato de seguro sino por los artículos 737 a 805 CCO que no fueron derogados por la Disposición Final de la mencionada Ley. En el presente litigio también es cuestión a debate la aplicación o no al seguro marítimo del artículo 20 LCS y el TS en reiterada jurisprudencia (SS de 2 de diciembre de 1991, 22 de junio de 1992 y 13 de octubre de 1993) afirma que dicho precepto no es aplicable a la modalidad de seguro marítimo y por tanto no procede abonar intereses de demora, salvo que exista pacto entre las partes. (STS de 12 de febrero de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don E. V. P. propietario de un buque de pesca tiene suscrito un seguro marítimo con la *Compañía Mercantil Adriática, S. A. de Seguros*. En febrero de 1987 el buque sufrió un incendio. Como consecuencia del siniestro las partes firmaron un finiquito para liquidarlo en el cual existía una cláusula en la que se acordaba que si antes del 31 de marzo de 1989 no se ejercía ninguna acción judicial, la compañía de seguros quedaría liberada de cualquier obligación respecto de ese siniestro. Don E. V. P. practicó un requerimiento notarial el 17 de marzo de 1989. Con posterioridad al 31 de marzo de 1989 don E. V. P. formuló demanda contra la compañía de seguros reclamando la cantidad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimó en parte la demanda. El TS estimó el recurso de casación planteado por la *Compañía Mercantil Adriática, S. A. de Seguros*, desestimó el recurso de casación interpuesto por don E. V. P. y confirmó en su integridad la sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—En esta sentencia cuando se hace alusión al artículo 20 LCS debe entenderse que se está refiriendo a su redacción originaria y no a la nueva redacción del precepto que establece la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. (M. J. P. G.)

65. Acción individual de responsabilidad de los administradores. Requisitos.—La doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que la acción individual de responsabilidad del artículo 81 LSA de 1951 (hoy art. 135 del Texto Refundido de 1989) debe reunir los siguientes requisitos: a) Que se produzca un daño directo a los socios o terceros (SSTS de 26 de noviembre de 1990, 11 de octubre de 1991, 26 de febrero de 1993 y 10 de diciembre de 1996); b) Debe tratarse de un acto de los administradores en el ejercicio de su cargo (STS de 5 de diciembre de 1991); c) La actuación que provoca el daño debe ser dolosa o gravemente negligente (STS de 12 de abril de 1989); d) Relación de causalidad entre el acto ilícito de los administradores y el daño sufrido por el socio o el tercero (STS de 12 de abril de 1989). (STS de 31 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. M. G. (que fue Director gerente de *Euromark, S. A.*) interpuso demanda contra *Euromark, S. A.*, y contra los tres miembros de su Consejo de Administración, don J. O. M., don J. M. O. M. y don J. O. M. sobre reclamación de daños y perjuicios,

solicitando que se condenase solidariamente a los demandados a pagar la cantidad que en ejecución de sentencia se acredite.

El Juzgado de Primera Instancia estimó el recurso de apelación y revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M. J. P. G.*)

66. Protección del usuario extrarregistral de marca.—Para el ejercicio de las facultades que la ley concede al usuario de una marca no registrada es necesario acreditar tal condición de usuario extrarregistral, lo que puede verificarse ya «a través de una referencia general al mercado», ya mediante la prueba de haber venido usándola al margen del registro, con independencia de la existencia de acuerdos previos que le habilitaran para utilizar esa marca.

Licencia de marcas.—Para que una cesión o licencia de marca afecte a terceros se requiere su presentación por escrito e inscripción en el Registro de Marcas, incluso tratándose de una marca no formalmente registrada en España pero de uso acreditado en nuestro país. La licencia no inscrita produce exclusivamente efectos *inter partes*. (**STS de 7 de marzo de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Cables Especiales Levante, S. A.*, interpone demanda en juicio declarativo ordinario sobre publicidad ilícita y mejor derecho de marca contra *J. S. Distribuciones, S. A.*, como consecuencia de un anuncio publicitario en prensa escrita a instancias de ésta en el que, «como licenciataria en exclusiva de España para la distribución de cables eléctrico y electrónicos bajo la marca *Eurocavi Ceam* (precedida de cierto distintivo gráfico)» manifestaba su propósito de emprender acciones legales contra la ahora demandante por comercializar productos semejantes bajo la marca *Eurocavi Cel*, precedida de los mismos distintivos anteriormente reseñados. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en su totalidad, declarando ilícita la publicidad y condenando a la entidad demandada a publicar parte de la sentencia condenatoria así como a una rectificación cuyo contenido señala. Interpuesto recurso de apelación por *J. S. Distribuciones, S. A.*, la Audiencia lo estima en parte modificando el contenido de la rectificación. La misma empresa recurre en casación. (*A. G. G.*)

67. Efectos de la declaración de suspensión de pagos.—La declaración de suspensión de pagos no incapacita para obrar al suspenso; simplemente lo somete a la intervención de los interventores o a las limitaciones impuestas por el juez a su actividad gestora. En el ámbito procesal esta circunstancia se concreta en la legitimación del suspenso para ejercitar por sí mismo las acciones convenientes a su patrimonio que estime oportunas, informando los interventores de ello al Juez.

Alcance de la intervención.—No es necesaria la concurrencia de los interventores al otorgamiento de poderes a pleito, dado que no lo exige así la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

Acción del tomador del seguro contra la entidad aseguradora.—El hecho de que la ley conceda a los terceros perjudicados acción directa en virtud de un contrato de seguro no priva de acción al tomador del seguro. (**STS de 30 de noviembre de 1995**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Hierros Novoa, S. A.*, contrató un seguro contra *Amaya, S. A.*, que cubría los daños que pudieran sufrir las instalaciones que tenía arrendadas para el desarrollo de su empresa de desguace de barcos. Resultando afectados por un incendio, con posterioridad, los bienes asegurados, la sociedad aseguradora se negó a hacer frente al pago de la suma de dinero a que ascendía su reparación, cuyo presupuesto había aceptado previamente, hecho que provocó la interposición de una demanda sobre reclamación de cantidad por parte de *Hierro Novoa, S. A.*, que, a su vez, había sido objeto de una declaración de suspensión de pagos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a *Amaya, S. A.*, al pago de la cantidad presupuestada más los intereses legales correspondientes. Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la demandada, recurre en casación ante el TS. (A. G. G.)

DERECHO PROCESAL

68. Artículo 24 CE. Tutela judicial efectiva.—La infracción de normas procesales esenciales, para que prospere una impugnación en casación, ha de venir acompañada de indefensión tal como es definida por el TC, es decir, como la privación de un instrumento procesal reconocido por el ordenamiento, con violación del principio de contradicción o defensa, produciéndose un perjuicio a los intereses del afectado. En cuanto a la incorrecta aplicación de las normas jurídicas sustantivas, no es materia que suponga un atentado a los derechos fundamentales, al no existir como establece el TC, el derecho a obtener una sentencia de conformidad. Respecto de la motivación de las sentencias, se recoge la doctrina constitucional que exige la exteriorización del fundamento de la decisión adoptada permitiendo su eventual control jurisdiccional por medio de los recursos.

Nulidad de actuaciones.—El TS establece la inadecuación de un posterior juicio declarativo para la declaración de nulidad de las actuaciones de un proceso declarativo anterior. En apoyo de esta tesis el Tribunal cita jurisprudencia y la STC 185/1990, de 15 de noviembre, que, al interpretar el artículo 240 LOPJ, establece tres vías para invalidar las actuaciones viciadas: la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ), la declaración de oficio por parte del órgano judicial siempre que no haya recaído sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ), los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 *in fine* LOPJ). Sí sería posible plantear procesos plenarios sobre nulidad de actuaciones sucedidas en procesos sumarios y que no hayan tenido oportunidad de denunciarse por medio de los recursos. (STS de 4 de noviembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Un inmueble del demandante fue subastado a consecuencia de un juicio de cognición celebrado en rebeldía, objeto de un recurso de audiencia al rebelde posterior. El demandante interpone, una vez concedida la audiencia, juicio declarativo por el que solicita la nulidad de pleno derecho de las actuaciones posteriores al emplazamiento, según él defectuoso, que se le hizo en el juicio de cognición antes citado (y en especial de la sentencia recaída en éste). El Juzgado absuelve en la instancia por incompetencia funcional, siendo su decisión objeto de apelación que se estima en cuanto a una indemnización

solicitada pero no respecto de la nulidad de las actuaciones. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (P. A. N.)

69. Responsabilidad de la Administración pública. Competencia de la jurisdicción civil cuando no existe relación contractual de carácter administrativo.—La jurisdicción civil es la competente para conocer de los casos en que la Administración, en sus relaciones con los particulares, no actúa como poder público, revestida de *imperium*, con las prerrogativas que le vienen atribuidas por la Ley; lo que acontece cuando su actividad no es encuadrable en ninguno de los contratos administrativos nominados (de obras, servicios y suministros), ni en cualquier otro contrato de contenido patrimonial que, por declararlo así una Ley, tengan carácter administrativo por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan preciso una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato.

Enriquecimiento injusto de la Administración Pública. Su conocimiento corresponde a la jurisdicción civil cuando se origina en relaciones de carácter privado.—Si la acción que se ejercita es una acción de enriquecimiento injusto de carácter civil y, teniendo en cuenta que el enriquecimiento ilícito late en la entraña de todo cuasicontrato, el conocimiento de la misma corresponde a la jurisdicción ordinaria, al no existir una relación contractual de carácter administrativo entre las partes, con los efectos que de ella derivan. Por tanto, cuando lo que se ejercita es una acción nacida de relaciones privadas, con ausencia absoluta de vínculos de naturaleza administrativa, se origina la prevalencia de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. (STS de 30 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de las dificultades económicas que atravesaba el Ayuntamiento de Santa Pola, don B. J. T. construyó con su dinero unas instalaciones deportivas en un solar propiedad del Municipio. La Corporación hizo suyo dichas construcciones y las incorporó a su patrimonio. Años después don B. J. T. reclamó el importe de las obras al Ayuntamiento y, a su fallecimiento, su esposa continuó con la reclamación. El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda de esta última. La Audiencia Provincial, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, rebajó el importe de la condena. El TS confirma la sentencia de la Audiencia y no da lugar a la casación. (I. D.-L.)

70. Criterios para determinar la jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública.—En los supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, el conocimiento de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados corresponderá a la jurisdicción del orden civil, debiendo exigirse ante los Tribunales ordinarios (art. 41 LRJAE). En aquellos casos en que se pretenda una indemnización por los particulares que se consideren lesionados a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, la competencia vendrá atribuida a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo [arts. 40 LRJAE, 3, b) LJCA y 128 LEF]. Sin embargo, la solución ya no es tan clara para los casos en que conjuntamente con la Administración figuren demandadas personas físicas o jurídicas privadas, pues si la reclamación se formula con carácter solidario o existe un vínculo de solidaridad entre todos los codemandados, la *vis atractiva* (art. 9.2

LOPJ) aconseja atribuir la competencia a la jurisdicción civil, especialmente para evitar la posibilidad de fallos contradictorios de separarse la continencia de la causa (SS de 28 de abril de 1992 y de 2 de junio de 1993).

Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la Administración actúa a través de agente de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones.—El *ius imperii* del que está investida la Administración en la realización de sus actos, se extiende también a los agentes de la Guardia Civil cuando su actuación se desarrolla en el marco de un acto de servicio prestado como componente de dicho Cuerpo. Por lo que el resultado de su conducta ha de encuadrarse como una consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público, del que habla el artículo 40 LRJAE, lo que determina que el conocimiento del caso de autos corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa (S de 31 de octubre de 1995). (STS de 2 de febrero de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don V. M. P. falleció a consecuencia de un disparo efectuado por un cabo de la Guardia Civil, cuando participaba activamente en una manifestación que tenía lugar en Oviedo. Su mujer e hijos, sobre la base de la existencia de responsabilidad objetiva de la Administración (art. 40 LRJAE), promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra el agente de la Benemérita, el Ministro del Interior y la Administración Central del Estado, solicitando la condena solidaria de los demandados a indemnizar los daños y perjuicios causados por la muerte. El Juzgado de Primera Instancia, acogiendo la excepción de falta de reclamación previa en vía gubernativa, absolvió en la instancia a los demandados. La Audiencia Provincial consideró que existía responsabilidad extracontractual de los mismos (art. 1902 CC), revocó la sentencia del órgano inferior y estimó parcialmente la demanda. El TS, sin entrar en el fondo, da lugar al recurso y declara de oficio la incompetencia de la jurisdicción civil.

NOTA.—A partir de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la misma se rige por los artículos 139 a 146 de la citada Ley, y por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo («BOE» núm. 106, de 4 de mayo) que desarrolla los artículos 140 a 146 LRJAP-PAC. (I. D.-L.)

